

2023-12-06

Justitiedepartementet

Remissvaret inges per e-post till:
ju.remissvar@regeringskansliet.se
ju.L1@regeringskansliet.se

Diarienummer Ju2023/01611

SOU 2023:34 Bolag och Brott – några åtgärder mot oseriösa företag

Rekonstruktör- & Konkursförvaltarkollegiet i Sverige ("REKON") inkommer härmed med följande remissvar.

REKON tillstyrker utredningens förslag med följande noteringar.

Allmänt om åtgärder vid kapitalbrist

Av det skäl som framförs i utredningen anser REKON att reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist i aktiebolag bör tas bort. REKON delar också uppfattningen att det vid en sådan utmönstring finns anledning att förstärka borgenärsskyddet genom andra typer av regler. Frågan är dock om den justering av nuvarande regelverk som utredningen föreslår i alla delar ger det utökade borgenärsskyddet som eftersträvas.

Den föreslagna regleringen innebär ett förtydligande av innebörden i det skadeståndsgrundande ansvar som styrelsen har enligt befintlig lagstiftning för att fortlöpande bevaka bolagets ekonomiska ställning. Till det kommer en skyldighet för styrelsen att, om bolagets eget kapital eller likviditet inte motsvarar vad verksamhetens art, omfattning och risker kräver, genast behandla saken samt kalla till en bolagsstämma så snart som möjligt för att redogöra för bolagets ekonomiska ställning och vilka åtgärder styrelsen föreslår ska vidtas.

I likhet med utredningen (sidan 414) anser REKON att i praktiken kommer skadeståndsprocesser mot styrelsen grundat på lagändringen i de allra flesta fall initieras av en konkursförvaltare som väcker talan för konkursboets räkning till gagn för borgenärskollektivet. Grunden för talan är då att *i)* styrelsen inte uppfyllt sitt ansvar enligt den nya bestämmelsen i 8 kap. 4 § 2 st. aktiebolagslagen, *ii)* med följderna att det

insolventa bolaget försatts i konkurs alltför sent och *iii*) att en bolagsskada, och en indirekt skada för borgenärskollektivet, därigenom uppstått som i annat fall kunnat undvikas.

Möjligheten finns redan att driva en skadeståndstalan mot styrelsen på angiven grund, men konkursförvaltare har varit väldigt försiktiga med att inleda sådana processer. Orsaken till detta är framför allt bevisvärigheter kring omfattningen av styrelsens handlingsplikt vid förmodat och inträtt obestånd samt när en sådan plikt i så fall inträder. I sammanhanget brukar den grundläggande aktiebolagsrättsliga principen lyftas fram att det i all affärsverksamhet måste accepteras ett visst risktagande och att styrelseansvar därför inte kan bli aktuellt vid misslyckade affärer (ofta benämnd som "*the business judgement rule*").

Det förtydligande av styrelsens ansvar som utredningen föreslår erbjuder ett välkommet stöd för bedömningen av skadeståndsansvarets uppkomsttidpunkt och innehåll, men REKON anser att det bör kompletteras enligt nedan.

En objektiv handlingsplikt m.m.

De föreslagna åtgärderna vid kapitalbrist enligt 8 kap. 6 § aktiebolagslagen bör enligt REKON även innehålla en bestämmelse med innebörd att i det fallet styrelsen inte föreslår några adekvata åtgärder eller om de föreslagna åtgärderna inte bedöms vara genomförbara ska styrelsen föreslå att aktiebolaget likvideras. På så sätt får man i lagen en tydlig anvisning om hur styrelsen ska agera om det inte finns någon hållbar lösning på bolagets ekonomiska situation. Denna objektiva handlingsplikt underlättar också ett senare ansvarsutkrävande i det fallet styrelsen inte lämnar förslag om bolagets avveckling.

Det bör också i förarbetena till den föreslagna lagstiftningen framhållas att det finns en skyldighet för styrelsen att skifta sin lojalitetsplikt från aktieägarna och bolaget till borgenärerna när bolaget riskerar att bli insolvent och att det av den anledningen också kan finnas en plikt att informera en kommande borgenär om bolagets förmodade eller inträdda insolvens inför ett eventuellt rättshandlande med denne.

Övriga kommentarer till förslaget om åtgärder vid kapitalbrist

Vid ansvarsbedömningen bör utifrån "*the business judgement rule*" styrelsen ges ett visst handlingsutrymme och det avgörande bör enligt REKON vara om det vid en efterhandsgranskning inte framstår som försvarligt att styrelsen upprätthållit driften i bolaget utan att säkerställa en tillräcklig finansiering för verksamheten.

Vad som utgör ett tillräckligt stort eget kapital i bolaget varierar förstås fall till fall, vilket också den föreslagna lagändringen återspeglar på ett utmärkt sätt. Driver ett aktiebolag en särskild riskfylld verksamhet bör det ha en påverkan på storleken på det egna kapitalet. Om bolaget befinner sig i en uppstartsfas bör det å andra sidan kunna accepteras ett visst underskott och därmed ett lågt eget kapital under en övergångsperiod. I likhet med nuvarande regler om kontrollbalansräkning bör inte heller styrelsens bedömning av det egna kapitalet vara begränsad till bolagets bokförda värden utan hänsyn bör också tas till övervärden och i vissa fall till förväntade intäkter om dessa bedöms säkra.

Avslutningsvis kan följande kommentarer lämnas kring sambandsfrågan vid en skadeståndstalan mot styrelsen. Att påvisa ett orsakssamband mellan styrelsens misskötsel av förvaltningen och den uppkomna bolagsskadan är oftast den svåraste uppgiften för en framgångsrik skadeståndstalan. Utgångspunkten bör vara att bolagsskadan beräknas utifrån en tänkt tidpunkt där styrelsen borde ha agerat för att bolaget inte skulle åta sin några nya förpliktelser och hindrat annan affärshändelse som medfört att bolagets förmögenhet minskat utan motsvarande nytta. Bolagsskadan uppgår då till den försämring av bolagets ekonomiska situation på såväl tillgångs- som skuldsidan som uppstått efter den tidpunkten.

Bedömningen av adekvat kausalitet är emellertid problematisk dels beroende på att det ofta är svårt att visa att styrelsens misskötsel står i direkt samband med bolagsskadan, dels att det kan finnas flera tänkbara händelseförlopp, som skulle ha kunnat bli resultatet av ett riktigt agerande av styrelsen. Prövningen av orsakssambandet mellan oaktsamheten och skadan blir med nödvändighet hypotetisk. Den kritiska frågan blir typiskt sett inte huruvida ett visst handlande har haft en viss effekt, utan vad som skulle ha inträffat om något hade gjorts som inte har gjorts (att i tid avsluta bolagets verksamhet). Vad som kan bevisas är endast omständigheter som kan ligga till grund för antaganden om en möjlig händelseutveckling om styrelsen fullföljt sin handlingsplikt.

För handlingspliktens genomslag i rättstillämpningen vid konkursboets talan mot styrelsen för uppkommen bolagsskada vore det därför en fördel om kravet på adekvat kausalitet endast innefattade ett krav på ett förutsebart och sannolikt orsakssamband mellan den skadevållande handlingen och den uppkomna bolagsskadan (jfr NJA 2014 s. 271 rörande revisors skadeståndsansvar enligt 29 kap. 1 och 2 §§ aktiebolagslagen). Ett orsakssamband skulle då inte anses föreligga om skadan skulle ha uppkommit även om styrelsen inte misskött sin förvaltning av bolaget.

Piteå dag som ovan

REKONSTRUKTÖRS- & KONKURSFÖRVALTARKOLLEGIET I SVERIGE



Hans Andersson

Ordförande