



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

JONAS NYMAN

NJA 2013 s. 725 Styrelsens medansvar
– inget som stör ledamöternas nattsömn

Särtryck ur häfte 1/2014

NJA 2013 s. 725 STYRELSENS MEDANSVAR

— INGET SOM STÖR LEDAMÖTERNAS NATTSÖMN

Av Jonas Nyman¹

Styrelseledamöters personliga ansvar för bolagets förpliktelser stadgas i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen. Detta underlåtenhetsansvar aktualiseras om styrelsen inte vid kapitalbrist i bolaget följer det handlingsmönster som föreskrivs i 25 kap. 13–17 §§ aktiebolagslagen. Ansvaret omfattar de förpliktelser som uppkommit för bolaget under den tiden underlåtenheten bestod. Under sommaren 2013 avgjorde Högsta domstolen ett mål rörande bestämmandet av tidpunkten för fordrans uppkomst enligt 25 kap. 18 § aktiebolagslagen. I målet utformade Högsta domstolen en huvudregel som innebär att fordringar kopplade till avtal tecknade före tiden för underlåtelser sällan kommer att omfattas av ansvaret. Denna huvudregel kan medföra att reglerna om medansvar inte fyller sin funktion som påtryckningsmedel.

I. INLEDNING

Frågan när en fordran uppkommer aktualiseras i olika sammanhang i svensk rätt,² men att besvara frågan kan i många fall innebära avsevärda problem. Ledning i rättspraxis från Högsta domstolen (HD) förekommer främst i tolkningen av uttrycket i konkursrättsliga sammanhang. Utanför det konkursrättsliga området råder en omfattande brist på rättspraxis, vilket medför en osäkerhet hos rättstillämparen.

En obesvarad fråga har varit hur tidpunkten för fordrans uppkomst ska bestämmas i den mening som avses i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen (2005:551).³ Genom *NJA 2013 s. 725* har HD emellertid, på tingsrättens begäran, lämnat vägledning.

2. MEDANSVAR OCH FORDRANS UPPKOMST – EN BAKGRUND

2.1 MEDANSVAR ENLIGT 25 KAP. 13–20 A §§ AKTIEBOLAGSLAGEN

Reglerna om kapitalbrist, tvångslikvidation och personligt medansvar finns i 25 kap. 13–20 a §§ aktiebolagslagen. Reglerna ålägger bolagsstyrelsen ett antal

¹ Jur.stud., Stockholms universitet. Författaren vill rikta ett särskilt tack till Ronney Hagelberg, universitetslektor i civilrätt vid Stockholms universitet, för värdefulla kommentarer.

² Se Adlercreutz, Axel, Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal, i Selmer, Knut S. (red.) Nordisk Gjenklang: festskrift til Carl Jacob Arnholm 18. desember 1969, Oslo 1969, s. 293 ff.

³ Begreppen "fordran" och "förpliktelse" används i denna uppsats omväxlande för att beskriva det som uppkommer enligt 25 kap. 18 § 1 st. aktiebolagslagen. I lagtexten används det senare uttrycket.

skyldigheter i olika situationer.⁴ Om styrelsen har skäl att anta att bolagets eget kapital inte täcker mer än hälften av det registrerade aktiekapitalet,⁵ ska den tillse att en kontrollbalansräkning upprättas.⁶ Om kontrollbalansräkningen utvisar en sådan kapitalbrist ska en kontrollstämma sammankallas (25 kap. 15 § aktiebolagslagen). Stämman ska besluta om bolaget ska likvideras eller om verksamheten ska fortsätta och kapitaltäckningsåtgärder vidtas. Bedrivs verksamheten vidare ska styrelsen inom åtta månader sammankalla en andra kontrollstämma. Är aktiekapitalet vid denna tidpunkt inte täckt i sin helhet, inträder likvidationsskyldighet för aktiebolaget (25 kap. 17 § aktiebolagslagen).

I syfte att förmå bolagets styrelse att handla enligt detta handlingsschema finns regler om medansvar i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen. Medansvaret innebär att styrelseledamöterna kan bli personligt betalningsansvariga om de underlåter att agera i enlighet med de ovanstående reglerna. Medansvaret kompletterar styrelsens skadeståndsskyldighet enligt 29 kap. aktiebolagslagen och innebär en skärpning av ansvaret på två sätt. Dels är medansvaret ett presumtionsansvar,⁷ dels förutsätter det inte att någon skada har uppkommit.⁸

Medansvaret börjar gälla vid tidpunkten för handlingsskyldighetens inträde. Alla fordringar som uppkommer mellan denna kritiska tidpunkt och tidpunkten då underlåtenheten avhjälpes sägs ha uppkommit under medansvarsperioden. För dessa fordringar svarar bolaget och styrelseledamöterna solidariskt.⁹

2.2 FORDRANS UPPKOMST – ALLMÄNT OCH ENLIGT 25 KAP. 18 § AKTIEBOLAGSLAGEN

Hur tidpunkten för fordrans uppkomst ska fastställas är inte alltid givet. På ett övergripande plan har det uttalats att en fordran i avtalssituationer ofta uppkommer vid avtalstidpunkten, men att detta inte nödvändigtvis måste gälla i alla fall.¹⁰ I NJA 2009 s. 291 konstaterade HD att den metodologiska utgångs-

4 Ansvaret kan gälla för alla bolagsföreträdare och även den som har ett bestämmande inflytande över bolagets drift. I det följande bortses dock från detta.

5 Styrelsens skyldighet att agera enligt 25 kap. 13–20 a §§ aktiebolagslagen kan också aktualiseras av ett utmättningsförsök mot bolaget som visar att bolaget saknar tillgångar för att täcka utmättningsfordran.

6 Se 25 kap. 13–14 §§ aktiebolagslagen.

7 För att undkomma medansvar krävs enligt 25 kap. 18 § 3 st. aktiebolagslagen att styrelseledamoten kan visa att han eller hon inte har varit försumlig.

8 För att medansvaret ska aktualiseras krävs dock att bolagets egna kapital rent faktiskt underskridit den kritiska gränsen, se NJA 1988 s. 620.

9 Om fördelningen mellan styrelseledamöter, se NJA 2009 s. 221.

10 Mellqvist, Mikael, Är avräkning kvittning och kvittning avräkning eller är kvittning kvittning och avräkning avräkning?, JT 2012-13 s. 660–661.

punkten måste vara att en ändamålsinriktad metod ska användas vid bestämmandet av tidpunkten för fordrans uppkomst. Denna metod innebär att syftet bakom den tillämpade regeln ska ligga till grund för uppkomsttidpunkten i det enskilda fallet.¹¹ Frågan om fordrans uppkomst måste därför besvaras utifrån det rättsliga sammanhang som den ställs i.

Ser man till fordrans uppkomst utifrån 25 kap. 18 § aktiebolagslagen har detta inte uppmärksammats nämnvärt i praxis. Från praxis finns några spridda underrättsfall samt något enstaka fall från HD som behandlar den närliggande frågan om fordrans uppkomst enligt 2 kap. 22 § lagen (1980:1120) om handelsbolag och enkla bolag.¹²

I doktrin har två principiella synsätt föreslagits. Lindskog förespråkar att stor vikt bör läggas vid borgenärernas skyddsintresse. Om borgenären efter medansvarsperiodens inträde tillerkänts en riskökning, ska fordringar som belöper på tid därefter anses uppkomma efter den kritiska tidpunkten.¹³ I fråga om avtal som träffats innan den kritiska tidpunkten innebär det att exempelvis fordringar för köpta varor uppkommer när varan mottas av bolaget. Ur ett varaktigt avtal som avser tid under medansvarsperioden uppkommer fordringar, enligt detta synsätt, efter den kritiska tidpunkten om bolagsborgenären haft rätt att säga upp avtalet vid utebliven betalning.¹⁴

Å andra sidan menar Leffler att fordringar uppkommer vid avtalstidpunkten. Om ett avtal således har ingåtts innan den kritiska tidpunkten uppkommer också fordringar som belöper på tid efter den kritiska tidpunkten vid avtalstillfället. Undantag görs om bolaget efter den kritiska tidpunkten haft en avtalsenlig rätt att säga upp avtalet men inte gjort så. Har uppsägningsrätten inte utnyttjats uppkommer fordringar som belöper på tid senare än första möjliga uppsägningsstidpunkt efter den kritiska tidpunkten.¹⁵

Författarna tar fasta på olika rättsfakta och de motiverar sina uppfattningar på skilda sätt. Lindskogs synsätt motiveras med bolagets borgenärs intresse av

11 Se om denna metod i NJA 2009 s. 291, framförallt s. 297–298 i referatet. 2009 års fall kommenteras av Hagelberg, Ronney, Kvittning i konkurs. Kan en fordran, som har sin grund i ett avtal som träffats före konkursen, utnyttjas vid kvittning enligt 5 kap. 15 § konkurslagen (1987:672), JT 2009-10 s. 907–916.

12 Se t.ex. NJA 1970 s. 553.

13 D.v.s. efter handlingsskyldighetens inträde.

14 Lindskog, Stefan, Kapitalbrist i aktiebolag: kommentarer till 25:13–20 ABL (1 november 2008, Zeteo) (cit. Lindskog, Kapitalbrist, Zeteo), avsnitt 11.1.2–3 och avsnitt 11.3.

15 Leffler, Teodor, Kontrollbalansräkning, ansvar och ansvarstalan, JT 2008-09 s. 808–810 (cit. Leffler).

att få sina fordringar betalda. Genom att borgenärerna också kan vända sig till styrelseledamöterna kan det antas att detta intresse tillgodoses.¹⁶ Leffler motiverar sin ståndpunkt – något dunkelt – med att 25 kap. 18 § aktiebolagslagen är av ”obligationsrättslig karaktär” samt med att motsvarande har ansetts gälla i fråga om handelsbolagsmäns ansvar.¹⁷ Inget av synsätten motiveras emellertid med en uttrycklig hänvisning till medansvarsreglernas syfte som påtryckningsmedel.

Att HD lämnade prövningstillstånd i NJA 2013 s. 725 var alltså lämpligt, inte bara utifrån det faktum att frågan aldrig tidigare prövats i överrätt. Mot bakgrund av de uttalanden som HD gjorde i NJA 2009 s. 291 torde nämligen motiveringarna till Lindskog och Lefflers synsätt kunna ifrågasättas.

3. NJA 2013 S. 725

3.1 BAKGRUND

Mellan 2004 och 2007 nyttjade aktiebolaget K en lokal för restaurangverksamhet i Vällingby köpcentrum utanför Stockholm. Köpcentret ägdes av kommanditbolaget C, som var K-bolagets hyresvärd. I december 2007 försattes K-bolaget i konkurs. Genom utredningen kunde konkursförvaltaren konstatera att det i K-bolaget funnits sådan brist i det egna kapitalet, att det förelagat skyldighet för bolagets styrelse att upprätta kontrollbalansräkning enligt 25 kap. 13 § aktiebolagslagen. Den kritiska tidpunkten beräknades ha inträtt i början av år 2006 och detta var ostridigt i målet. Någon kontrollbalansräkning hade K-bolagets styrelse inte upprättat.

Vid tidpunkten för K-bolagets konkurs var hyror för perioden mellan den 28 april 2005 och den 31 december 2006 obetalda. C-bolaget hade också låtit utföra så kallad hyresgästanpassning av den aktuella lokalen. Arbetena beställdes och utfördes före den kritiska tidpunkten. K-bolaget fakturerades för hyresgästanpassningen först i november 2006.

Mellan 2004 och 2007 var TA styrelseledamot i K-bolaget. Under återopande av att TA varit medansvarig för alla fordringar som uppkommit efter den kritiska tidpunkten, krävde C-bolaget att TA personligen skulle ersätta dels lokalhyror för perioden mellan den 31 mars och den 31 december 2006, dels de anpassningsarbeten som utförts på den hyrda lokalen.

¹⁶ Lindskog, Kapitalbrist, Zeteo, avsnitt 11.1.1.

¹⁷ Leffler, s. 808.

Twisten gällde således om de aktuella fordringarna hade uppkommit under medansvarsperioden. Efter att C-bolaget väckt talan mot TA hänsköt tingsrätten frågorna om fordrans uppkomst till HD för avgörande.¹⁸

3.2 HD:S BEDÖMNING

De frågor som HD hade att avgöra var dels när hyresfordringarna uppkommit, dels när fordringarna på ersättning för anpassningsarbetena uppkommit.

HD konstaterade att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma tidpunkten för fordringars uppkomst. Domstolen hänvisade till NJA 2009 s. 291, där det konstaterades att avgörande för tidpunkten för fordrans uppkomst i stor utsträckning är syftet med den aktuella regeln.¹⁹ Syftet med regleringen i 25 kap. 18 § aktiebolagslagen är, enligt HD, att förmå bolagets styrelse att upprätta en kontrollbalansräkning och vidta de åtgärder som behövs vid underkapitalisering i bolaget. Enligt domstolen skulle det då visserligen ha varit effektivt att låta medansvarsreglerna omfatta också borgenärsprestationer som bolaget tillgodogörs under medansvarsperioden, men ansåg att det inte går att finna stöd för en sådan tolkning i förarbetena. Ett sådant ansvar skulle också, enligt HD, kräva en alltför långtgående tolkning av regeln.²⁰

HD menade istället att de möjligheter att påverka avtalsförhållandet som funnits under medansvarsperioden bör vara avgörande.²¹ HD konstaterade därvid att reglerna om styrelseaktivitet vid kapitalbrist inte innefattar något krav på att bolagets borgenärer ska varnas om bristen. För borgenärer som successivt tillhandahåller prestationer torde emellertid uteblivna betalningar utgöra en varningssignal, varvid borgenären kan utnyttja eventuella uppsägningsmöjligheter. Avsaknaden av ett uttryckligt krav på borgenärsvarning innebär dock för borgenären i avtal som reglerar enstaka prestationer, att denne normalt inte kan tillvarata sin rätt, exempelvis genom att utnyttja stoppningsrätt enligt 61 § köplagen (1990:931). Om istället bolaget haft rätt att avbeställa prestationen talar medansvarsreglernas syfte för att styrelsen ska bära medansvar för bolagsförpliktelser som inte hade uppstått om bolaget hade utnyttjat avbeställningsrätten.²²

18 Attunda tingsrätts beslut, den 13 juni 2011, mål nr T 665-08.

19 NJA 2013 s. 725, p. 5.

20 NJA 2013 s. 725, p. 9.

21 NJA 2013 s. 725, p. 9.

22 NJA 2013 s. 725, p. 10.

I fråga om hyresfordringarna konstaterade HD att skyldigheten att betala hyra inte är avhängig nyttjandet av hyresobjektet. Om hyresgästen däremot inte betalar hyra, kan hyresvärden säga upp avtalet varvid fortsatt nyttjande efter avtalets upphörande innebär att en ny hyresfordran uppkommer.²³ I denna del menade HD således att en sådan fordran skulle omfattas av medansvaret, eftersom det då uppkommer en ny fordran. En sådan hyresfordran har emellertid inte sin grund enbart i nyttjandet, utan det tycks krävas att det ursprungliga hyresavtalet har sagts upp och att nyttjandet mer eller mindre är obehörigt. Hyresfordringar i allmänhet är enligt HD ett utflöde av den risk som hyresvärden tar på sig vid avtalstillfället. Eftersom domstolen konstaterat att nyttjandet inte i sig kan påverka fordrans uppkomst, blir slutsatsen att hyresfordringar i allmänhet uppkommer vid avtalstidpunkten.²⁴

När det gäller fordringar på arbete på hyresobjekt är sådana, enligt HD, en förpliktelse ”av annan karaktär”²⁵. Omständigheterna som påverkar uppkomsttidpunkten beror enligt domstolen på ”den närmare utformningen av avtalet”. Där bör utgångspunkten istället vara att fordringen uppkommer under medansvarsperioden om hyresgästen haft möjlighet att avbeställa arbetet utan ersättningsskyldighet, men så inte har skett. Om avbeställningsrätt inte funnits uppkommer fordran på arbetet vid tidpunkten för avtalet.²⁶

HD:s svar på de hänskjutna frågorna var därför att varken hyresfordringarna eller fordringen på arbetet på hyresobjektet kunde anses ha uppkommit efter den kritiska tidpunkten, varför styrelseledamoten i fallet inte kunde krävas på ersättning.

4. NÅGRA REFLEKTIONER

4.1 ALLMÄNT

HD behandlade i NJA 2013 s. 725 frågan om fordrans uppkomst vid tillämpning av 25 kap. 18 § aktiebolagslagen och anlade därvid ett aktiebolagsrättsligt perspektiv på en grundläggande fordringsrättslig fråga. I fallet var det fråga om två slags fordringar, dels ett antal hyresfordringar, dels en fordran på arbete på hyresobjektet. Hyresfordringarna härrörde från ett avtal som var tecknat före medansvarsperioden och som löpte på tid efter den kritiska tidpunkten. Fordringen på arbetet var också den utflöde ur ett avtal som tecknats före den kritiska tidpunkten. När den kritiska tidpunkten inföll hade arbetsprestationen

23 NJA 2013 s. 725, p. 11.

24 NJA 2013 s. 725, p. 12.

25 NJA 2013 s. 725, p. 13.

26 NJA 2013 s. 725, p. 13.

redan fullgjorts. I och med att samtliga fordringar ansågs ha uppkommit innan den kritiska tidpunktens inträde gick styrelseledamoten fri från medansvar.

4.2 HUVUDREGELN FÖR FORDRANS UPPKOMST ENLIGT 25 KAP. 18 § AKTIEBOLAGSLAGEN

I fråga om dessa typer av fordringar, hyresfordringar respektive fordringar avseende beställt arbete, torde alltså rättsläget ha klarlagts genom fallet. Samtidigt är det mest intressanta vilka generella slutsatser som kan dras av fallet, och om det utifrån beslutsskälén går att formulera en huvudregel som ska gälla vid tillämpning av 25 kap. 18 § aktiebolagslagen.

I enlighet med Lefflers ovan nämnda synsätt innebär HD:s huvudregel att fordrans uppkomst i fråga om 25 kap. 18 § aktiebolagslagen ska bedömas utifrån huruvida bolaget haft en avtalsenlig rätt att säga upp avtalet under medansvarsperioden.²⁷ Finns det en sådan rätt, ska alla fordringar som inte hade uppstått om bolaget utnyttjat uppsägningsrätten, anses ha uppkommit efter den kritiska tidpunkten.²⁸ Fordringar som härrör ur avtal som tecknats innan den kritiska tidpunkten uppkommer med andra ord enligt 25 kap. 18 § aktiebolagslagen, då det inte funnits en sådan uppsägningsrätt, vid avtalets ingående och inte när fordringen intjänas eller annars upparbetas. Huvudregeln kan således sägas bestå av två steg där fordrans uppkomst bestäms av (1) avtalstidpunkten, och (2) eventuell avtalsenlig uppsägningsrätt under medansvarsperioden.

Att på ett grundläggande plan förlägga fordrans uppkomsttidpunkt till avtalets ingående torde i allmänhet överensstämma med hur frågan om fordrans uppkomst har behandlats i andra sammanhang. Förvisso kan det under senare år identifieras en trend i viss underrättspraxis och doktrin som innebär en anknytning mellan fordrans uppkomsttidpunkt och prestationstidpunkten. Det handlar dels om aktiebolagsrättsliga sammanhang, dels om obeståndsrättsliga sådana.²⁹ Än så länge tycks dock HD inte haft något överseende med sådan argumentation och den underkändes därför också i fråga om fordrans uppkomst enligt 25 kap. 18 § aktiebolagslagen.

27 NJA 2013 s. 725, p. 10.

28 NJA 2013 s. 725, framförallt p. 8–10.

29 Se Nerep, Erik, När blir bolagsstyrelsen personligt ansvarig?, Advokaten nr 9 2012, s. 21. För vissa obeståndsrättsliga synpunkter, se Hägge, Ulrik, Fordrans uppkomst vid offentligt ackord, 3 kap. 3 § lagen om företagsrekonstruktion, SvJT 2011 s. 290–298. Se också Förvaltningsrätten i Göteborgs dom, den 2 juli 2012, mål nr 1420-12.

Att utgångspunkten blir en annan i de fall bolaget haft rätt att säga upp avtalet för tid efter den kritiska tidpunkten leder till att man rimligtvis måste räkna av all eventuell uppsägningstid från de fordringar som kan komma att omfattas av medansvaret. Detta följer om inte annat av HD:s resonemang. Det är de fordringar som inte hade uppkommit, om en uppsägningsrätt hade utnyttjats, som kan komma på fråga för medansvar. Det är således fordringar från tiden efter uppsägningstiden som kan omfattas av ansvaret. Att det är just bolagets (brist på) agerande i uppsägningshänseende som HD anknyter till, hänger till synes samman med konstaterandet att det inte finns någon skyldighet för bolaget att varna borgenärerna för en uppkommen kapitalbrist.³⁰

4.3 ÄR HUVUDREGELN LÄMPLIG?

HD kommer fram till denna utgångspunkt genom ett resonemang i flera steg, som börjar med ett konstaterande om att det inte finns någon för alla fall gällande princip för att bestämma när en fordran ska anses ha uppkommit. Det är syftet bakom den regel som aktualiserar frågan om fordrans uppkomst som ska leda fram till en tidpunkt för fordrans uppkomst i det enskilda fallet.³¹ Med tanke på att denna metodik i uttrycklig form har förekommit i HD:s praxis sedan NJA 2009 s. 291 torde hänvisningen i detta fall vara högst väntad. Nästa steg för HD var att bestämma vilket syftet bakom 25 kap. 18 § aktiebolagslagen är.

HD konstaterade i denna del att ansvaret har både ett övergripande och ett uttryckligt syfte. Reglernas övergripande syfte är att skydda bolagets borgenärer.³² Medansvarets uttryckliga syfte är dock enligt HD att utgöra ett påtryckningsmedel för att få styrelsen att följa det förfarande som lagen föreskriver.³³ Medansvarets funktion är alltså att förmå styrelsen att upprätta en kontrollbalansräkning och hantera kapitalkrisen.³⁴

Enligt HD ger detta dock inte stöd för ett mera långtgående medansvar för bolagets styrelse. Samtidigt konstaterade domstolen att den eventuella förekomsten av en kontraktssenlig rätt till uppsägning för bolaget ska vara avgörande av ändamålsskäl. Har en sådan rätt funnits och bolaget därmed kunnat avbeställa en prestation utan ersättningskyldighet under medansvarsperioden, ska alla fordringar som inte hade aktualiserats för bolagets borgenärer om uppsägningsrätten hade utnyttjats anses uppkomma under medansvarsperioden.³⁵

30 NJA 2013 s. 725, p. 8–11.

31 NJA 2013 s. 725, p. 5.

32 NJA 2013 s. 725, p. 7.

33 NJA 2013 s. 725, p. 8.

34 NJA 2013 s. 725, p. 9.

35 NJA 2013 s. 725, p. 9–10.

Är då denna huvudregel lämplig? Svaret på frågan förutsätter att det går att besvara vad som är en lämplig tillämpning. Vid första anblick kan man dra slutsatsen att en huvudregel i vart fall teoretiskt sett förefaller rimlig. Efter- som 25 kap. 13–18 §§ aktiebolagslagen vänder sig till bolagets styrelse och föreskriver ett handlingschema framstår det som rimligt att låta styrelsen bli ansvarig för sådana förpliktelser som bolagets borgenärer faktiskt hade kunnat undvika om bolaget hade utnyttjat en uppsägningsrätt.

Tillämpningen av en regel utifrån lämplighetsöverbäganden måste dock över- ensstämma med ändamålet bakom regeln och regeln måste därvid göras effektiv inom ramen för sitt syfte. Syftet i sammanhanget är att få styrelsen att handla enligt det föreskrivna mönstret och upprätta en kontrollbalansräkning vid kritisk kapitalbrist. Samtidigt kan själva upprättandet av kontrollbalans- räkning inte vara ett syfte i sig. Tanken bakom upprättandet är att styrelsen snabbt och effektivt ska få kännedom om hur den ekonomiska situationen ser ut, för att därvid kunna vidta adekvata åtgärder.³⁶ Det framgår således av reglernas utformning att det föreskrivna handlingsmönstret måste följas så snabbt som möjligt. Medansvaret är effektivt som påtryckningsmedel om reglerna får till effekt att kontrollbalansräkningen upprättas så nära in på den kritiska kapitalbristen som möjligt. Det torde nämligen vara då styrelsen har som störst chans att täcka kapitalbristen och rädda bolaget. Av detta följer att en lämplig tillämpning förutsätter att medansvaret uppkommer så tidigt som möjligt. Om incitamenten istället uppkommer först viss tid efter handlings- skyldighetens inträde, så blir också reglernas effektivitet lidande.

När skapas då incitament för styrelsen att handla utifrån den huvudregel som HD ställt upp i NJA 2013 s. 725? Svaret är förstås juristens favoritsvar: det beror på. Handlar det om ett varaktigt avtal där bolaget har en löpande rätt att säga upp avtalet till omedelbart upphörande, torde den kritiska tidpunkten vara densamma som tidpunkten från och med vilken alla senare belöpande fordringar omfattas av medansvaret. Motsvarande torde gälla vid exempelvis en varuförsäljning, om bolaget som köpare kan säga upp avtalet omedelbart fram till leverans. Fordran på betalning till följd av leverans efter den kritiska tidpunkten torde i sådana fall omfattas av medansvaret. I dessa båda fall är incitamenten för bolagets styrelse att följa handlingsmönstret i 25 kap. aktie- bolagslagen starka redan vid den kritiska tidpunkten. Därför är ett rimligt antagande att medansvaret verkar handlingsdirigerande för bolagets styrelse redan vid den kritiska tidpunkten. Följden av detta är att bolagets styrelse kommer att vidta adekvata åtgärder så nära in på krisen som möjligt.

36 Prop. 2000/01:150 s. 35 och Nerep, Erik, Aktiebolagsrättslig analys: ett tvärsnitt av nyckel- frågor, Stockholm 2003, s. 470 f.

Det anförda talar för att huvudregeln är lämplig. Emellertid är det fråga om typfall och frågan är hur vanligt det är med dylikt utformade avtal. I exempelvis ett vanligt varuleveransavtal finns det i normalfallet inte någon rätt för bolaget att avbeställa en ännu ej levererad vara utan att begå kontraktsbrott, åtminstone inte utan att en sådan rätt tagits in särskilt i avtalet. Enligt den huvudregel som HD ställt upp skulle detta innebära att det inte finns något medansvar för styrelsen enbart på den grund av att bolaget mottagit varan först efter den kritiska tidpunkten, om varan är beställd innan denna tidpunkt. Eftersom det inte heller finns någon skyldighet för bolaget att varna borgenärerna,³⁷ skulle ett bolag som lider av kapitalbrist i princip tyst kunna vänta ut leveransen i hopp om att komma på grön kvist igen. Genom leveransen förlorar bolagets borgenärer sin stoppningsrätt, samtidigt som bolagets styrelse inte riskerar medansvar. I detta fall är det svårt att se hur medansvaret ger styrelsen något incitament att agera över huvud taget.

Motsvarande problematik uppstår vid långvariga avtal med successiva prestationer (såsom hyra av lokal, nyttjande av el och vatten o.s.v.). Inte heller i sådana avtal finns det i normalfallet någon rätt till uppsägning till omedelbart upphörande för bolaget utan att det gör sig skyldigt till kontraktsbrott. Det finns alltså i sådana fall inget överhängande hot om medansvar. Om det finns en uppsägningsrätt enligt avtalet kan man tänka sig att uppsägningstiden ofta är förhållandevis lång. Eftersom styrelsen enligt HD ska ansvara för förpliktelser vilka inte hade uppstått om bolaget hade använt en avbeställningsrätt,³⁸ måste fordringar som motsvarar uppsägningstiden undantas från medansvaret. Som exempel kan nämnas lokalhyresavtal vilka, om avtalet är tecknat för minst nio månaders tid, måste sägas upp minst nio månader innan utgången av avtalet enligt 12 kap. 4 § 2 st. 5 p. jordabalken (1970:994). För medansvar i ett sådant fall förutsätts att den vid kapitalbristens inträde innevarande avtalsperioden löpt ut. Om lokalen förhyrts för obestämd tid gäller även då en uppsägningstid om minst nio månader.³⁹ Eftersom en sådan uppsägning kan ske när som helst från bolagets sida, är ett rimligt antagande att den avräkning som ska ske för uppsägningstiden börjar löpa omedelbart då styrelsens handlingsskyldighet inträder. Först nio månader efter kapitalbristens uppkomst aktualiseras medansvaret. Efter så lång tid kan det vara för sent att rädda bolaget.

Om avtalet är träffat för längre tid finns visserligen möjlighet för bolagets borgenärer att säga upp ett gällande avtal i förtid på grund av uteblivna betalningar.⁴⁰

37 NJA 2013 s. 725, p. 8 och p. 10.

38 NJA 2013 s. 725, p. 10.

39 Se 12 kap. 4 § 1 st. 2 p. jordabalken.

40 NJA 2013 s. 725, p. 11. Den rättsliga grunden beror på vilket slags avtal det handlar om, men

Om bolaget fortsätter att tillgodogöra sig borgenärens prestation (t.ex. inte lämnar tillbaka en förhyrd vara) efter avtalets upphörande, omfattar medansvaret de fordringar som belöper på tid efter tidpunkten för upphörandet. Genom att utnyttja denna uppsägningsrätt kan bolagets borgenärer således tvinga fram medansvar för bolagets styrelse. Samtidigt innebär det att bolagets styrelse inte riskerar medansvar förrän avtalet har sagts upp och därmed upphört att gälla. Förfaller betalningarna exempelvis halv- eller helårsvis är risken uppenbar att det dröjer betydande tid innan bolagets borgenärer upptäcker situationen. Det är också tänkbart att borgenären själv dröjer en tid innan han eller hon reagerar på betalningsdröjsmålet. Att borgenären har en uppsägningsrätt innebär därför inte nödvändigtvis att bolagets styrelse förmås att följa handlingsschemat i 25 kap. aktiebolagslagen.

Om man frångår de ovannämnda typfallen där särskilda avtalsvillkor påverkar bolagets rätt till uppsägning, kan det ifrågasättas hur effektivt medansvaret egentligen blir. I många fall är det snarast så att bolagets styrelse riskfritt kan underlåta att agera. Ett sätt att förhålla sig till detta skulle kunna vara att låta bolagsborgenärerna ansvara för att se till att bolagets styrelse uppfyller kraven enligt 25 kap. 13 § aktiebolagslagen. Avtal med bolaget skulle exempelvis kunna utformas så att en kritisk kapitalbrist innebär en omedelbar uppsägningsgrund för bolaget. Genom ett sådant avtalsvillkor skulle borgenärerna kunna framtvunga medansvar för bolagets styrelse. Det finns framförallt tre invändningar mot en sådan ordning. För det första skulle ett sådant avtalsvillkor inte nödvändigtvis vara effektivt i alla situationer. I exemplet med lokalhyresavtalet kan den lagstadgade uppsägningstiden endast *förlängas* genom avtal.⁴¹ Eftersom styrelsen inte ansvarar för fordringar under uppsägningstiden, blir effekten av ett sådant avtalsvillkor i det fallet begränsad. För det andra är det inte troligt att någon bolagsborgenär skulle tillåta en sådan klausul, eftersom klausulen skulle ge bolaget en otillbörligt stor makt över avtalets bestånd. Om det skulle räcka med kritisk kapitalbrist för att ge bolaget rätt att säga upp ett avtal, skulle borgenärerna kunna lida stora förluster om avtal tecknade på lång tid plötsligt sades upp. För det tredje skulle det vara en märklig ordning, om det skulle ligga på bolagsborgenärens ansvar att tvinga fram det agerande som 25 kap. 18 § aktiebolagslagen uttryckligen har till syfte att tvinga fram. Det naturliga vore om den handlingsdirigerande effekten följde av en tillämpning av reglerna, snarare än av bolagets avtalskontrahenters agerande.

i brist på annat torde köplagens kontraktsbrottsregler kunna tillämpas analogt, se Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt*, häfte 2. Allmänna ämnen, Stockholm 2005, s. 20 ff.

41 Se 12 kap. 4 § 1 st. jordabalken.

5. AVSLUTNING

Av det sagda följer att effektiviteten av den huvudregel som HD ställt upp i NJA 2013 s. 725 kan ifrågasättas utifrån medansvarets syfte. Visserligen är det inte okomplicerat med ett ansvar för bolagets styrelse som utan vidare skulle omfatta alla prestationer som bolaget tillgodogör sig. Enligt 25 kap. 18 § aktiebolagslagen är det fordringar som ”uppkommer” som ska omfattas av medansvaret, inte fordringar som bolaget ”tillgodogör sig”. Samtidigt måste man utgå från att regelverket ska uppfylla de ändamål som lagstiftaren har avsett. Om medansvaret ska vara handlingsdirigerande, och man därvid ska tolka uttrycket fordrans uppkomst i enlighet med reglernas syfte, är det rimligt att reglerna ges ett vidsträckt tillämpningsområde. Från lagstiftarens sida har det också på ett mer generellt plan uttalats att medansvaret ska vara ”ett effektivt påtryckningsmedel” för att få styrelsen att agera.⁴² Kanske hade HD kunnat fästa avseende vid ett sådant uttalande från lagstiftaren för att motivera ett mera långtgående medansvar.

En ordning som antas kunna vara mer effektiv är det synsätt som förespråkats av Lindskog och som innebär en anknytning till borgenärens riskökning. Enligt ett sådant synsätt uppkommer fordringar som härrör ur varaktiga avtal, i regel, nära inpå prestationen efter den kritiska tidpunkten. Därför uppkommer de också närmare den tidpunkt då regeln är tänkt att framtvunga bolagsstyrelsens prestationer. Motsvarande gäller i fråga om avtal med enstaka momentana prestationer som bolaget tillgodogör sig efter den kritiska tidpunkten. Om bolagets mottagande av en vara eller en enstaka prestation efter den kritiska tidpunkten skulle innebära att styrelseledamöterna blir medansvariga, torde bolagets styrelse inte kunna avvakta ett mottagande av varan utan att riskera att själva bli betalningsansvariga. Visserligen motiveras denna utgångspunkt i doktrin med borgenärsskyddsintresset,⁴³ men samma slutsatser går att motivera utifrån regelns handlingsdirigerande syfte. Om risken för medansvar aktualiseras närmare inpå den kritiska tidpunkten skulle medansvaret vara ett mer effektivt påtryckningsmedel.

Det återstår att se vilken praktisk betydelse HD:s uttalanden i NJA 2013 s. 725 får. Kapitalbristreglerna har kritiserats för att leda till oförutsebarhet vid tillämpning och det har hävdats att reglerna bygger på missuppfattningar av rättsläget och bristande känsla för affärlivets förutsättningar.⁴⁴ För de berörda aktörerna (främst bolagets styrelseledamöter och bolagets borgenärer) och för

⁴² Prop. 2000/01:150 s. 43.

⁴³ Lindskog, Kapitalbrist, Zeteo, avsnitt 11.1.

⁴⁴ Se förordet till Lindskog, Kapitalbrist, Zeteo. Se även Stattin, Daniel, Några frågor om personligt betalningsansvar i aktiebolag, JT 2009-10 s. 126.

rättstillämpningen är det åtminstone positivt att det numera finns en huvudregel att förhålla sig till i fråga om hur man bestämmer vilka fordringar som omfattas av medansvar när ett avtal har träffats innan den kritiska tidpunkten. Det är de fordringar som hade kunnat undvikas, om bolaget hade utnyttjat en rätt att utan ersättningskyldighet säga upp avtalet under medansvarsperioden som omfattas. Det ankommer på marknadsaktörer att anpassa sig till detta. Därvid kan det noteras att lagstiftaren dragit slutsatsen att systemet med medansvar är effektivt i förhållande till syftet att förmå styrelsen att agera. Utifrån den huvudregel som HD ställer upp i NJA 2013 s. 725 kan man dock, utan att sträcka sig allt för långt, konstatera att det i vissa fall riskerar att bli svårt för reglernas syfte att alls få genomslag vad gäller avtal som träffats före den kritiska tidpunkten. För en styrelseledamot i ett bolag som lider av kritisk kapitalbrist kommer därför inte risken för medansvar i detta avseende vara det som stör nattsömnerna. 