

Revisorsansvaret – metodfrågor i gränsområdet mellan bolagsrätt och skadeståndsrätt

JAN KLEINEMAN*

1. Inledning

Den som studerar äldre lagmotiv till våra aktiebolagslagar kan tämligen enkelt notera att det ända sedan 1944 års ABL inom bolagsrätten funnits bestämda uppfattningar om hur det bolagsrättsliga organansvaret bör vara utformat. Man får det bestämda intrycket att det teoretiskt betingade synsättet – rättspraxis har intill relativt nyligen nämligen huvudsakligen saknats – präglats av formell stränghet måhända präglad av de insikter som Kreuger-kraschen och dess efterverkningar hade på den svenska bolagsrätten. Intressant är att den svenska aktiebolagslagen historiskt nära kopplad till den tyska, valde att införa ett omfattande ansvar mot tredje man 1944 medan tysk rätt än idag har en synnerligen restriktiv inställning till sådant ansvar mot tredje man. Läste man doktrin och lagmotiv och var komparativt orienterad bibringades man intrycket att vi hade världens mest långtgående ansvar för bolagsorganen gentemot tredje man.

Någon skadeståndsrättslig realism har emellertid sällan kunnat iakttagas eftersom de goda teoretiker som sysslade med detta i det förflutna sällan visade intresse för komparativa studier där ett mer ambitiöst studerande av utländsk rättspraxis som t.ex. anglo-amerikansk skadeståndsrätt, hade kunnat påvisa hur komplexa de skadeståndsrättsliga kausalitets- och culpa frågorna blir när man utformar ett ansvar mot tredje man. Det lilla landet med en mager rättspraxis och en bolagsrättslig doktrin vars intresse för skadeståndsspörsmål väcktes sent kunde lätt förbigå de verkliga problemen.

* Professor i civilrätt vid Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law.

Inte heller den skadeståndsrättsliga doktrinen är fri från vetenskaplig skuld. Det tycks som om specialdisciplinernas skadeståndsrättsliga spörsmål länge framstod som ointressanta eftersom sådana rena förmögenhetsskador tycktes ligga utanför den "skadeståndsrättsliga doktrinen" intresseområde som mer fokuserades kring person- och saksador. Frågor som centerats kring berömda rättsfall som Ultramares-case i USA och Caparo-case i UK blev ingens ansvarsområde i svensk rätt och tankar kring vad som brukar betecknas som "*masstort litigation*" förblev länge obefintliga.

När jag under 1980-talet försökte väcka frågorna till liv inom ramen för min studie kring ansvarsfrågorna kring svensk rätts inställning kring ren förmögenhetsskada möttes jag av den självtillräcklighet som så länge speglade svensk samhällstradition och en absolut vetskap om att man hade bättre lösningar "här" på samhällsproblem än i "utlandet" och att föreslå reception av utländska erfarenheter sågs inte sällan som en onödigt förtjusning i det främmande. Min opponent Carl-Martin Roos var obeveklig och det var inte lätt som nykomling att därefter gå i svaromål. Roos sammanfattade sin kritik på följande sätt:

"Kleineman hävdar (avsnitt 6.6, jfr s. 438) att det här måste vara särskilt viktigt att ta hänsyn till spridningsrisken, det s. k. floodgateargumentet. Ansvaret får alltså inte bli för brett, den ersättningsberättigade kretsen måste begränsas.

Den begränsningsidé som förf. för fram strider mot vanligt ersättningsrättsligt tänkande. Vid en samlad bedömning av ersättningskyldigheten måste man ju ta hänsyn till bl. a. sådant som ersättningsbehov och möjligheten att få ansvarsförsäkring. Detta gör inte Kleineman utan han behandlar genomgående skadeståndsansvaret från den ansvariges synpunkt. Först på s. 533 inser förf. att den som luras av en konsult etc. kan ha behov av ersättning och att sådan kan ordnas genom försäkring.

Att investerare kan vara i behov av kompensation när de lurats har varit känt i varje fall sedan South Sea Bubble 1720 (se t. ex. L.B.C. Gower, *Modern Company Law*, 2 ed 1957, Ch 2). Ansvarsbegränsningstanken i bolagsrätten bör alltså vägas mot bl. a. ersättningsbehov och försäkringsmöjligheter.

För övrigt finns det all anledning att generellt ifrågasätta floodgateargumentet i och för sig – den omständigheten att många lider skador behöver ju inte betyda att de alltid skall bära skadan själva.

Kleineman för in riskspridningsargumentet som begränsningsfaktor även i fall när skadeståndsregeln i ABL 15: 1 gäller. Enligt lagens egna ord kan emellertid ersättning utgå till bl. a. aktieägare som litat på ett prospekt, där t. ex. en VD lämnat uppgifter i strid mot ABL:s regler. Lagstiftaren har alltså i 15: 1 bestämt

den ersättningsberättigade kretsen. Den kan naturligtvis inte ändras annat än genom ny lagstiftning!

Det kan tilläggas att skadestandsreglerna som så mycket annat i aktiebolagsrätten påverkats av erfarenheterna i samband med Kreugerkraschen. Jag tror att de erfarenheterna talar för att alla aktieägare som blir förda bakom ljuset bör ha ersättning. Vidare är floodgateargumentet här ganska befängt eftersom skadeståndstalan av det här berörda slaget hittills nästan aldrig förekommer i praktiken.”¹

Påståendet att tankarna om behovet av begränsning av ansvaret på grund av spridningsrisken d.v.s. floodgateargumentet, hade i utländsk rätt och då inte enbart anglo-amerikansk rätt bemötts med respekt t.ex. i tysk rätt som såg farorna med framväxten av en ohanterlig skadeståndsrätt som kunde skada enskilda yrken genom att förhindra tillhandahållandet av relevant försäkringsskydd. Utan att besväras av studier i utländsk rätt noterade Roos att min analys skulle strida ”*mot vanligt ersättningsrättsligt tänkande*” och att floodgateargumentet skulle vara ”*ganska befängt eftersom skadeståndstalan av det här berörda slaget hittills nästan aldrig förekommer i praktiken.*”

Raljans parad med okunskap i främmande rätt samt påståendet att lagstiftaren skulle ha reglerat frågan genom 1975 års ABL – vilket var direkt osant – eftersom några sådana uttalanden om adekvans- och kausalitetsbedömningar bildar utgångspunkten inte för en kritik av utländsk rätt, utan av budbäraren. Jag hade utifrån utländska erfarenheter föreslagit behovet av ett synsätt präglat av tankar som kunde medföra att t.ex. revisorsansvaret kunde hanteras genom försäkringar.

Ett ansvar som blev så vidlyftigt att en skadevällare inte kunde skydda de skadelidande genom försäkring framstod i det läget som mindre eftersträvanvärt eftersom ett sådant ansvar blev en teoretisk ståndpunkt utan tillgång till praktiska lösningar. Mest irriterade mig emellertid Roos uppenbara slarv med fakta. Min analys rörde oaktsamhetsansvarets betingelser medan jag vad gäller grövre ansvarsformer som uppsåt och grov oaktsamhet menade att – även här i likhet med vad som var fallet i utländsk rätt – några särskilda spärregler inte behövdes. För svensk rätt fanns ju redan en viktig straffbestämelse nämligen att t.ex. revisorer med hänsyn till deras kunskaper om ett bolag kunde göra sig skyldiga till svindleri och där det ju då endast krävdes grov oaktsamhet, vilket utan yttre samband också var fallet enligt amerikansk rätt. Man kunde då helt enkelt enligt svensk rätt göra en revisor ansvarig

¹ Se Roos, SvJT 1988 s. 50.

enligt den förmenta huvudregeln vid ren förmögenhetsskada d.v.s. brottslig gärning som ju numera uttrycks i 2 kap. 2 § SkL.

Min analys handlade således inte om när aktieägare ”blir förda bakom ljuset” eller på annat sätt blir ”lurade” av konsulter eller av bolaget utsedda revisorer. Det retoriska tricket var således här att ge skenet av att jag ville skydda brottsliga konsulter och bolagsrevisorer vilket inte alls var fallet. Lika felaktigt var påståendet att jag skulle ha bortsett från de försäkringsrättsliga argumenten. Det var ju tydligt så, att utländska erfarenheter visade just oförmåga att hantera dessa ansvarsfrågor inom försäkringsrätten.

På många sätt är Roos kritik ett utmärkt exempel på hur en äldre forskare utan större svårigheter kan ”sätta sig” på en yngre genom att ersätta eget faktainhämtande och egna kunskaper med enklare retoriska trick. Jag valde vid den tidpunkten att avstå från att bemöta de många felaktigheterna och det kanske inte var ägnat att förvåna att Roos auktoritet medförde att han fick efterföljare i inte mindre än två avhandlingar som skulle ”bekräfta” vad som anförts av Roos. Det skedde bl.a. genom Per Samuelssons avhandling² – under Roos handledarskap – som i visst hänseende byggde på en rättsekonomisk teori om ”*the Perfect Market*”. Dessvärre är denna förnäma teori svår att lägga till grund för skadeståndsrättsliga slutsatser eftersom skadeståndsrättsligt betydelsefull information är beroende av också andra faktorer än sådant som sprids bland investerare samt svårigheten att avgränsa årsredovisningens information från annat beslutsunderlag vid börskursers framväxt.

Den rooska kritiken kom emellertid inte bara att hänga över min egen forskning trots dess bristande akribi utan låg även väl i linje med vad bolagsrättens portalnamn Håkan Nial ansåg och jag noterade att de argument som hade haft sådan betydelse i flertalet utländska rättsordningar aldrig kom att analyseras på ett seriöst sätt, utom av en person och det var aktiebolagskommitténs sekreterare Rolf Skog som tycktes mer intresserad av bolagsrättsligt komparativa undersökningar än den auktoritet som enskilda professor med eller utan rätt hade åtnjutit inom den juridiska litteraturen.³

Med Rolf Skog kom således de betänkanden som avsågs ligga till grund för den nuvarande lagen att få ett bättre komparativt beslutsunderlag. Jag

² Information och ansvar. Börsbolagens ansvar för vilseledande och bristfällig informationsgivning. 1991.

³ Det är en iakttagelse som jag gjort att portalnamnen på bolagsrättens område sällan eller aldrig verkar ha varit intresserade av komparativa studier trots att bolagsrättens grundproblem även före det att aktiebolagsrätten hade harmoniserats har varit nästan identiska i de flesta rättsordningar. Här har det dock skett en betydande förändring.

kom själv att bli ingående förhörd av Skog vad avsåg just det s.k. floodgateargumentet, d.v.s. om begreppet ”eller annan” i ABL verkligen skulle ges den vidsträckta innebörd så att envar aktieköpare verkligen kunde stödja sig på t.ex. en reviderad årsredovisning när man påstod sig ha gjort ett förvärv som man av olika skäl sedermera ångrade och därmed i varje läge kunna förlita sig på den reviderade årsredovisningen som ett slags värderingsintyg motsvarande vad som gällde enligt t.ex. det s.k. Kone-fallet NJA 1987 s. 692.

Väl är att märka att Roos även när han kritiserade mig – se det långa citatet ovan – inte heller gjorde någon skillnad mellan revisorns ansvar gentemot de som redan var aktieägare och de som påstår sig ha förvärvat aktier på grundval av t.ex. en reviderad årsredovisning.

2. Nya utvecklingslinjer vad gäller ansvaret för ren förmögenhetsskada

Av de många principfrågor som brukar noteras avseende svensk rätts inställning till ren förmögenhetsskada och där det principiella övergivandet av spärrregeln genom just NJA 1987 s. 692 (Kone-målet) men också genom NJA 2005 s. 608 (Max och Frasses) uppfattades som en understundom ”farlig” utvidgning, trots att detta var en ren anpassning till vad som gällde i de flesta länder så förblev mina varningar om att Nials et consortes ovilja att förstå min kritik av ett närmast obegränsat ansvar mot tredje man på bolagsrättens område nonchalerade och rentav hårt kritiserade.

Detta tog sig det kraftigaste uttrycket i det underkännande av aktiebolagskommitténs förslag att införa någon form av ”begränsning” av ansvaret mot tredje man som kom till uttryck i propositionen till 1997 års lagändringar.⁴ Medan kommittén således hade lagt ned betydande arbete att sätta sig in i de komparativa förutsättningarna för att ha ett obegränsat ansvar mot alla tredje män så framstår den oinitierade utsagan i propositionen som ett närmast lysande exempel på hur man förvandlar lagstiftarauktoritet till ren ”tyckarstuga” bland regeringstjänstemän utan reella möjligheter att sätta sig in i svåra frågor. Det anges där nämligen följande:

”Kommittén har diskuterat om man – såsom någon gång har förespråkats i doktrinen – vid skadeståndsprövningen bör ställa upp särskilda krav på närhet mellan skadevällaren och de skadelidande. För att skadestånd skulle utgå borde det, enligt detta synsätt, föreligga ett direkt orsakssamband mellan å ena sidan

⁴ Se prop. 1997/98:99 s. 189.

den av skadevällaren oaktsamt lämnade informationen och å andra sidan den skadelidandes handlande. Detta skulle närmast innebära att särskilt stränga villkor för att en skada skall anses adekvat orsakad införs i svensk rätt. Kommittén har emellertid ansett att det med hänsyn till de skiftande omständigheter som kan föreligga i olika fall inte är lämpligt att försöka formulera sådana krav på närhet i lag. Däremot har kommittén ansett det angeläget att domstolarna vid sin prövning av denna typ av anspråk beaktar riskerna med oproportionerliga skadeståndsansvar och att rättspraxis utvecklas i enlighet med det nu angivna synsättet.

Enligt regeringens uppfattning medger redan de nuvarande jämkningsbestämmelserna en rimlig avvägning mellan de olika intressen som här gör sig gällande. De närmare kriterierna för när jämkning bör komma i fråga bör enligt regeringens mening överlämnas till rättstillämpningen. För domstolarna bindande riktlinjer i enlighet med kommitténs resonemang skulle kräva lagreglering. Regeringen – som för sin del inte är övertygad om att sådana riktlinjer alltid skulle vara lämpliga – anser inte att det finns skäl för en sådan lagändring.”

En mer seriös lagstiftare hade kanske noterat att vad som ”*någon gång [hade] förespråkats i doktrinen*” d.v.s. min analys och förmedling av vad som utmärkte de stora västerländska rättsordningarna på bolagsrättens område såsom den tyska och anglo-amerikanska reducerades här till en tankegång hos mig istället för att försöka tillgodogöra sig vari det s.k. floodgate-argumentet bestod i för olika skadestånds- och försäkringsmässiga problem. Utan någon praktisk förståelse för dessa problem slår lagmotiven till med ett märkligt uttalande nämligen att de problem med just oproportionerliga skadestånd som kan föreligga skulle kunna lösas med ”*de nuvarande jämkningsbestämmelserna*” men ger av naturliga skäl ingen fingervisning om hur detta skulle tillgå.

Sanningen är ju den att när tusentals aktieköpare eller ännu fler stämmer en revisor eller en bolagsstyrelse så finns ingen skyldighet att samordna dessa anspråk och eftersom det saknas särskilda preskriptionstider och då ansvarsbetingelserna kan vara olika för olika grupper av aktieköpare så kan ingen veta hur stora de sammanlagda anspråken kan komma att bli och i den mån man utgår från att ersättningen för culpaanspråk kan jämkas med hänsyn till föreliggande försäkringar och försäkringsmöjligheter är det omöjligt att när det första anspråket framställs veta hur stora de sammanlagda anspråken kan komma att bli och dessutom att då förutse hur stor jämkningsprocent som i så fall skall tillämpas.

Alla internationella erfarenheter visar att så länge det saknas möjlighet till obligatorisk kumulation i sådana tvister jämkning inte är en ens teoretiskt hanterbar metod för att handlägga s.k. masstorts. Det blir kort och gott

för rörigt eftersom anspråk ofta framställs sedan andra tvister i samma sak antingen avgjorts eller förlikning träffats.

I propositionen nämns även andra verklighetsfrämmande utgångspunkter som däremot måste ha gjort det enklare för HD när frågan slutligen hamnade där att distansera sig från auktoriteten i dessa uttalanden. Det anges nämligen följande:

”När det gäller styrelseledamöternas och den verkställande direktörens ansvar gentemot tredje man får man visserligen beakta att kretsen av ersättningsberättigade, t.ex. aktieägare eller borgenärer, kan vara stor och att de ersättningsbelopp som därvid aktualiseras kan bli betydande. Den som avser att köpa aktier i ett bolag eller på annat sätt träda i förbindelse med detta har emellertid rätt att lita på att bolagsorganen fullgör sina lagliga skyldigheter, t.ex. vid upprättandet av årsredovisning. Skadeståndsansvaret är ägnat att inskräpa organföreträdarnas ansvar för sådana uppgifters riktighet. Begränsningar i skadeståndsansvaret gör ansvaret mindre tydligt. Det är givetvis också så att en skadelidandes ersättningsrätt inte bör begränsas utan starka skäl”⁵.

Problemet är *inte* att ansvaret betingas av att aktieköpare köper aktier eller att dessa träder ”i förbindelse med” bolaget utan att de verkligt stora skadorna uppkommer när köparna anonymt investerar över en börs eller på annat sätt gör upp med säljare. Som jag påpekade redan i en artikel i Festskrift till Peter Seipel⁶ kan bevisvärigheter och konstruerade skador vara svåra att få bort ur bilden när man hanterar så mångfacetterade saker som skälen till och tidpunkten för investeringar på aktiemarknaden.

Den stora frågan som kontinuerligt diskuterats inom den komparativa rättsdogmatiken är vilka avgränsningskriterier som skall gälla alltifrån inga alls till synnerligen restriktiva kanske närmast i form av kontraktsrättsliga begränsningar. Eftersom aktieköparen sällan träder i direkt förbindelse med bolaget inför en sådan investering utan oftast använder sekundärinformation som t.ex. årsredovisningar och andra allmänt tillgängliga handlingar blir frågan om man i sådana fall skall uppställa särskilda beviskrav för när investeringen kan anses ha blivit vilseledd av en reviderad årsredovisning. Då emellertid det knappast går att i efterhand styrka att man *inte* fäst avseende vid sådan information förblir ett i efterhand gjort påstående om sådant orsakssamband närmast en formalitet och något man får bortse från. Ersättning måste då

⁵ Se prop. 1997/98:99 s. 188 ff.

⁶ Se Det skadeståndsrättsliga informationsansvarets särart och frågan om behovet av ett hanterbart ansvarssystem 2009, a.a. s. 279 ff.

utgå från alla som förlorat pengar på grund av den reviderade årsredovisningens inverkan på börskursen om någon aktivitet ägt rum under perioden fram till dess oaktamheten blottläggs och kursen på grund härav rasar.

Mot den bakgrund att diskussionen huvudsakligen rört frågan om behovet av faktisk immunitet för ansvar mot tredje man som enligt den tyska ABL eller obegränsat ansvar där frågan har varit att visa vilka stater som har sådant ansvar och hur detta ansvar i så fall varit utformat så ställdes legitima konsumentskyddsintressen mot skydd för professionsutövare mot varandra. Det visar sig emellertid ofta svårt att hitta stöd för mer obegränsat ansvar därför att de praktiska svårigheterna att hantera ett sådant ansvar har varit en insikt som i vart fall rättsordningar med en insiktsfull skadestånds- och bolagsrättslig doktrin lyft fram i såväl doktrin som lagstiftning och praxis.

I Sverige framstod emellertid länge bekymmerslösheten som påtaglig och den kritik som jag hade riktad redan i min avhandling 1987 mot den bolagsrättsliga doktrinen slapphet bemöttes ofta med påtaglig arrogans som redan vissa av de citat som här återgivits påvisar och det finns betydligt fler exempel. Problemet var emellertid att det saknades praxis vilket kunde uppfattas som att problemet inte var så praktiskt viktigt.

Personligen reagerade jag starkt mot t.ex. det rooska argumentet att floodgate-argumentet skulle vara ”befängt” av det skälet att frågan så sällan aktualiserades. Sverige är ett relativt litet land men med i grunden samma välfärdsproblem som andra större länder där emellertid tvister som aktualiserar floodgateargumentet mer frekvent uppstår av det enkla skälet att sannolikheten att någon eller några intressenter inleder tvister där är större. Det var således det faktum att stora skadeståndsprocesser var ovanliga i Sverige under lång tid och inte den berörda problematikens opraktiska karaktär som förklarade avsaknaden av rättslig erfarenhet i svensk rätt.

Nu är rättsläget som bekant annorlunda. Om det är rättssociologin eller möjligen ”*the Psychoanalytic Jurisprudence*”⁷ som kan förklara den förändringen kan vi låta vara en öppen fråga men någon tvekan om att mångmiljarderstvister riktade mot bolagsorgan och då primärt revisorer numera inte är någon ovanlighet bekräftas dagligen i media.

⁷ Se Albert Ehrenzweig, *The Psychoanalytic Jurisprudence* 1971 samt Hellners recension därav SvJT 1972 s. 476 ff.

3. När mardrömmen kunde ha blivit en skadeståndsrättslig realitet?

Jag hade förmånen att bli tillfrågad i den första tvist som kom att vandra hela vägen från första instans ända upp till högsta domstolen och där det bolagsrättsliga informationsansvaret erhöll sitt första prejudikat. Det var i NJA 2014 s. 272 som en av skadeståndsrättens viktigaste principproblem ställdes på sin spets. Tidigare försök att få till stånd prejudikat hade misslyckats inte sällan därför att det inte gick att påvisa culpa hos det berörda bolagsorganet. Så var inte fallet i just BDO-målet. Revisionsbyrån stämdes av en investerare men andra hade kunnat göra detsamma och hade säkert gjort så om utgången blivit en annan eftersom man hade tio år på sig att inleda sin talan då specialpreskription inte gällde ansvaret mot tredje man.

Revisionsbyrån bad mig redan från början beskriva den principiella problematiken så att densamma inte skulle komma bort. Min förmåga att övertyga tingsrätten (som bestod av en ordinarie domare, en pensionerad domare och en tingsnotarie (!) var begränsad, man tog helt enkelt inte intryck av det faktum att man här hade ställts inför en av skadeståndsrättens stora principfrågor. Man noterade i stället helt lakoniskt följande:

”Den nu gällande bestämmelsen i 29 kap. 1 § första stycket ABL har med vissa i sammanhanget oväsentliga tillägg och redaktionella ändringar övertagits från bestämmelsen i 15 kap. 1 § i 1975 års aktiebolagslag (1975:1385). Även bestämmelsen i 2 § om att en revisor är ersättningsskyldig enligt de grunder som anges i 1 § har sin motsvarighet i 1975 års aktiebolagslag. Lagen den 14 september 1944 om aktiebolag innehöll också en bestämmelse med motsvarande innehåll (209 §). I samtliga lagrum anges, med något olika uttryckssätt, aktieägare eller annan tredje man som berättigade till skadestånd. I 209 § i 1944 års lag nämns dessutom borgenär hos bolaget som skadeståndsberättigad.

I de propositioner som ligger till grund för den nuvarande lagen och 1975 års lag nämns aktiebolagets borgenärer endast som exempel på annan tredje man som kan komma i fråga för ersättning för skada. Sten Andersson, Svante Johansson och Rolf Skog, Aktiebolagslagen, En kommentar, del III, anger i sin kommentar till 29 kap. 1 § ABL följande. ’Den som kan utkräva ansvar enligt denna bestämmelse kan vara en enskild aktieägare, en borgenär, en anställd eller en annan tredje man.’ I praxis synes frågan om begränsning av gruppen annan skadelidande tredje man inte ha varit föremål för prövning. Det finns mot nu angiven bakgrund inte skäl att tolka ’någon annan’ i 29 kap. 1 § första stycket ABL restriktivt.”

Personligen reagerade jag kraftigt mot den analys som tingsrätten gjorde. Med ett kortfattat uttalande hämtat från en lagkommentar i förening med ett konstaterande av att svensk praxis saknas – utan intresse för de praktiska komplikationerna av att införa ett obegränsat ansvar – fanns det ”*mot nu angiven bakgrund*” vilket inte närmare klargörs vad som avses, inte några skäl att tolka lokutionen ”*någon annan*” på ett sätt som framstår som restriktivt. För den som oroar sig för att de svenska domstolarna framstår allt oftare som ett lotteri där domarna valde sin karriär av andra skäl än intresse för juridik finns här mycket att gräva vidare i.

Domstolen som vid tillfället hade tillgång till ett omfattande material och den diskussion om konsekvenserna av floodgateargumentet i andra länder där frågan varit föremål för prövning valde att utan ens kommentera vad revisionsbolaget anfört (läste man det överhuvud?) att införa ett revisorsansvar mycket mer långtgående än i någon känd rättsordning och som med säkerhet skulle medföra att revisorer som hanterade börsnoterade bolag fortsättningsvis varken kunde eller hade sakliga skäl att försöka skydda sig i vidare mån än vad som föreskrevs av det obligatoriska försäkringsskyddet.

Jag skall dock tillstå att tingsrättens likgiltighet här matchas – som påpekades ovan – väl av motsvarande ointresse i lagmotiven. I hovrätten kom däremot frågan att få något ökat intresse genom att en av domarna såg problematiken något tydligare än övriga, men majoriteten ansåg sig tryggt kunna förlita sig på att ”regeringen” hade förstått saken rätt och den svenska domartraditionen att istället för att kritiskt granska lagmotivens osäkra och kraftigt förenklade världsbild lutade man sig tryggt mot dess falska auktoritet och uttalade följande:

”Vid en prövning om H.J. i sin egenskap av kapitalförsäkringstagare är att anse som en ersättningsberättigad ’någon annan’ tredje man enligt 29 kap. 2 § ABL bör, som tingsrätten gjort, bakgrunden och avsikten med denna regel studeras i lagens förarbeten. Därtill bör tolkningen ske med hjälp av praxis och med hänsyn till allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Begreppet ’någon annan’ är språkligt väldigt vitt och kan som sådant i princip syfta på vem som helst. Det har också i förarbetena diskuterats om det inte finns behov av en begränsningsregel, både när det gäller ersättningsberättigade och belopp, med det har inte ansetts nödvändigt (se senast prop. 1997/98:99 s. 194 vilken proposition innehåller förslag till ändringar i den dåvarande aktiebolagslagens bestämmelser om bl.a. skadeståndsansvar). För att begränsa riskerna för oproportionerligt skadeståndsansvar föreslog Aktiebolagskommittén att det vid tillämpningen av dessa bestämmelser skulle uppställas särskilt stränga villkor på

adekvat kausalitet; 'särskilda krav på närhet mellan skadevällare och skadelidande bestående i ett direkt orsakssamband mellan skadevällarens förfarande och den skadelidandes på befogad tillit till oaktsamt lämnad information grundade handlande'. Regeringen, som inte var övertygad om att sådana riktlinjer alltid skulle vara lämpliga, ansåg att det inte fanns skäl för en sådan lagändring. (Se SOU 1995:44 s. 251 f. och prop. 1997/98:99 s. 191 f.)

Allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser som normskyddsläran och krav på adekvat kausalitet gör sig dock gällande vid tolkningen av nämnda begrepp. När det gäller normskyddsläran så handlar den om frågan om skadeståndets skyddsändamål – vilka intressen som skyddas av den handlingsnorm som åsidosatts genom ett vållande, se Bengtsson m.fl., Skadeståndslagen. En kommentar (1 januari 2011 Zeteo) kommentaren till 1 kap. 1 §. Det krävs i detta fall att revisorn har eftersatt en regel som har till syfte att skydda den skadelidande tredje mannen (a.a. kommentaren till 29 kap. 1 §). Kravet på adekvat kausalitet kan sammanfattas som ett krav på bevisning om att det föreligger ett tillräckligt samband mellan en handling och en skada.

Bestämmelserna om årsredovisning avser att skydda såväl bolaget som tredje man. Det är naturligtvis av stor vikt att den som överväger att förvärva aktier i ett aktiebolag kan lita på att revisorns granskning av bolagets årsredovisning och bokföring har skett med sådan noggrannhet och i sådan omfattning som god revisionssed kräver. I förevarande fall handlar det dock inte om ett direkt ägande/förvärv av aktier från H.J:s sida, även om det står klart att det är han som haft beslutanderätten i fråga om aktiebytet och som också varit den som därvid fäst tillit till de av B.O. granskade räkenskapshandlingarna och det i prospektet ingående revisionsutlåtandet vid beslutet att delta i apportemissionen. I förarbeten till den aktuella skadeståndsbestämmelsen i 29 kap. 1 § aktiebolagslagen (tidigare 15 kap. 1 § aktiebolagslagen 1975:1385) sägs att ansvaret gäller mot enskilda aktieägare, borgenärer, anställda och annan tredje man (se t.ex. prop. 1975:103 s. 540) och det talas om tredje män som står i eller ska träda i förbindelse med bolaget (se t.ex. SOU 1995:44 s. 251 och prop. 1997/98:99 s. 191). Det har från BDO:s och B.O:s sida hävdats att det inte kan komma i fråga att tillerkänna annan tredje man rätt till skadestånd än sådan som har en avtalsrelation med bolaget. Fråga är om det finns tillräckliga skäl att tolka begreppet 'någon annan' på så sätt att detta begrepp även ska anses innefatta H.J. i dennes egenskap av kapitalförsäkringstagare."

En ledamot tycks emellertid ha känt stor tvekan och skrev sig skiljaktig och tog därvid utgångspunkt i samma auktoritetsbundna metod som övriga men tycks ha insett att lagmotivets synnerligen egendomliga avgränsning "*träda i förbindelse med*" vilket aldrig blev föremål för någon analys som påpekats

ovan och närmast hänger i luften som underlag för att nå till slutsatsen att alla investerare skulle vara berättigade till skadestånd av en revisor som av oaktsamhet avgivit en ren revisionsberättelse när denne borde ha avgivit en oren. Denne uttalar nämligen följande:

”Jag går därför över till frågan om innebörden av begreppet 'träda i förbindelse med'. Som framgår av redan redovisade förarbeten m.m. ska den som trätt i förbindelse eller ska träda i relation med ett bolag kunna kvalificera sig in kretsen av 'någon annan'. Det kan t.ex. handla om juridiska eller fysiska personer som ingår avtal med bolaget om krediter eller anställning men enligt lagkommentaren även annan person (tredje man). Kretsen är inte uttryckligen begränsad men det torde enligt motiven till lagen fortfarande finnas ett krav på någon sorts förbindelse mellan personen och bolaget. Det bör därför i första hand handla om avtalsrelationer. Enligt min bedömning fanns inget avtalsförhållande mellan H.J. och Daydream. Frågan är då om H.J. ändå ska betraktas som en sådan 'någon annan' som genom sin förfoganderätt över 24hPoker-aktierna i kapitalförsäkringens depå erhållit en sådan ställning i förhållande till Daydream att han bör ha rätt att göra gällande skada i form av minskat värde på det vederlag som han fått vid inbytet av 24hPoker-aktier.

För att kunna ta ställning till den frågan vill jag resonera kring frågor om möjliga konsekvenser av att se H.J. som 'någon annan'. I tidigare lagstiftningsärenden gällande frågan att begränsa kretsen 'någon annan' har innehavare av kapitalförsäkringar inte särskilt kommenterats. Av Finansinspektionens ovan nämnda promemoria framgår att det har blivit en kraftig ökning av antalet personer som innehar kapitalförsäkringar. Inspektionen menar därför att det finns ett behov av att ytterligare reglera försäkringstagares skyldigheter i förhållande till frågor om marknadsmissbruk m.m. Finansinspektionen tar inte upp frågor om rätt till skadestånd för innehavare av kapitalförsäkringar, eftersom den frågan inte har omfattats av uppdraget till inspektionen. Det förefaller som om ett flertal frågor kring utvecklingen av antalet kapitalförsäkringar och den stora omfattningen av s.k. passivt ägande av aktier är oreglerade i Sverige och inom EU. Det är därför svårt att förutse hur andra liknande produkter på marknaden ska bedömas i detta hänseende. Mot denna bakgrund förefaller det, i avsaknad av såväl tydliga uttalanden från lagstiftarens sida som vägledande avgöranden på det nu aktuella området, inte finnas en tillräckligt stabil grund för att ge H.J., låt vara i detta enskilda fall, en motsvarande rätt – som t.ex. en borgenär har – att göra gällande skada i egenskap av 'någon annan' när han närmast är att betrakta som en passiv aktieägare utan särskild avtalsrelation till Daydream.”

”Att detta resonemang får till följd att vare sig Akelius eller H.J. kan göra gällande skada gentemot revisorn förändrar inte den möjlighet som formella aktieägare i Daydream, dess borgenärer och andra som är att bedöma som 'någon annan' har

att kunna framställa skadeståndskrav i anledning av revisionen. Jag gör därför bedömningen att H.J. inte ska anses vara en 'annan person' i den mening som avses i 29 kap. 1 § första stycket ABL.”

Här bildar avsaknaden av vägledande praxis och det faktum att den skadelidande endast hade ett indirekt ägande utgångspunkt för att de vaga uttalanden som gjordes i lagmotiven av innebörden av att *träda i förbindelse* med bolaget att den skiljaktige nådde till motsatt slut som tingsrätten och minoriteten. Liksom i tingsrätten segrade emellertid även i hovrätten lättjans princip. En svår fråga analyseras inte utan man faller tillbaka på förenklade uttalanden i lagmotiven. Som uttryck för den s.k. svenska lagtolkningsmetodens svaghet kan det knappast gå att finna ett bättre exempel än just BDO-domen.

Det var nog två saker som medförde att HD valde att ta upp floodgateargumentet och det ena var nog minoritetens tydliga kritik av lagmotivets otydlighet och avsaknaden av praxis och det andra var nog att Hovrätten för västra Sverige hade i ett helt annat mål som visserligen inte rörde ansvaret mot tredje man utan mot bolaget kommit att döma ut närmare två miljarder kronor.

Plötsligt var masstort litigation och i vart fall ett av Justice Cardozos varningar om *”unlimited amount”* inte längre ett teoretiskt problem utan i hög grad praktisk verklighet även i Sverige. Vad som följde var nog också ett av de mest intressanta prejudikaten på förmögenhetsrättens område någonsin och en prejudikatinstans i högform som nog kan räkna med att domen som – troligen genom återförsäkrarnas försorg – översatts till engelska kommer att röna internationell uppmärksamhet eftersom den ger en inträngande analys av omfattningen av begränsningarna i tredjemansansvaret, skälen härtill samt svar på frågor om tredjemansskyddets syfte.

Det skulle föra för långt att inom ramen för denna metoddiskussion ta upp alla aspekter som domen innefattar, men det kan för det första vara värt att notera att den bolagsrättsliga doktrinens ytliga hantering av frågan ända tillbaka till Nial och därefter inte tillmäts någon självklar auktoritet lika lite som lagmotiven, utan HD väljer unikt nog de principiella skadeståndsrättsliga premisserna som utgångspunkt även för analysen av det bolagsrättsliga tredjemansansvaret.

Det är således det ovan berörda floodgateargumentet som utgör analysens utgångspunkt och HD slår genast fast följande:

”Restriktiviteten har bl.a. att göra med vad som i angloamerikansk rättspraxis och rättslitteratur har kallats för the floodgate argument (översvämningsargumentet, även kallat dammlucksargumentet respektive flodvågsargumentet). Detta vilar på överväganden av olika slag. Ett gäller behovet av förutsebarhet sett från skadegörarens (och eventuell försäkringsgivares) sida. Ett annat övervägande rör den betungande ersättningskyldighet som ett ansvar skulle kunna föra med sig för denne, bl.a. på grund av bristande proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvarets omfattning. Ytterligare ett övervägande avser de hanteringsmässiga svårigheter som ett ansvar mot en mycket stor krets skadelidande skulle kunna föra med sig. (Se om detta främst Jan Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987, s. 131 ff. och Håkan Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten, 1997, s. 31 ff., jfr bl.a. Lena Sisula-Tulokas, Ren ekonomisk skada, 2012, s. 57 f. och 192 f.; såvitt gäller 2 kap. 2 § skadeståndslagen kan också hänvisas till bl.a. prop. 1972:5 s. 157).”

Därefter noteras att frågan om hur avgränsningen skall ske fordrar en analys av den ”överträdde normens skyddsändamål” och lägger därefter den skadeståndsrättsliga tillitsprincipen till grund för en analys av vilka intressen som skall skyddas. Följande slås fast att:

”när ett bolags årsredovisning har utgjort en del av underlaget för ett affärsbeslut – det för frågan om en revisors ansvar normalt saknar betydelse vilken tillit en skadelidande har fäst vid just revisionsberättelsen; redan befogad tillit till information i årsredovisningen kan vara ansvarsgrundande, om revisionen av denna inte har svarat mot de krav som följer av god revisionssed (jfr p. 36). Det är således årsredovisningens förenlighet med god redovisningssed, innebärande att redovisningen ska ge en rättvisande bild av bolagets ställning och resultat, som ska säkerställas med kravet på att revisionen ska utföras enligt god revisionssed.”

På ett osedvanligt elegant sätt ”rundar” HD de ovan starkt kritiserade lagmotiven genom att helt enkelt ta sikte på att motiven ju utgick från något ”sedvanligt” men som HD finner saknas som en given premis och uttalar därför den helt logiska utgångspunkten för analysen, nämligen att det med ”*utgångspunkten att det rör sig om att bestämma gränsen för ansvaret och inte om en begränsning av ett ansvar som redan har konstaterats, så får den rättsbildning som har åsyftats avse vilka kriterier som bör gälla för ansvarsgränsen*”. I sammanhanget passar HD på att påpeka att den typ av kausalitetstest som hade tillämpats i det s.k. Landskrona-fallet NJA 2013 s. 145 inte skall påverka bedömningen eftersom ”*det rör sig om en annan och rent hypotetisk fråga, nämligen vad som skulle ha hänt om revisionen hade utförts i enlighet med*

god revisions sed (eller mer precist i detta fall; hur utvecklingen skulle ha blivit om årsredovisningen hade varit riktig i de hänseenden som revisionen har varit oaktksam)."

Denna något oväntade jämförelse har sin förklaring i att parterna – särskilt inför HD – hade ingående argumenterat kring den kausalitetsbedömningen som hade gjorts i Landskrona-fallet eftersom denna i sin tur hade fått en helt avgörande och mycket överraskande inverkan på utgången i det hittills mest vidlyftiga revisorsavgörandet, nämligen Hovrätten för västra Sveriges dom i det s.k. Prosolvía-fallet. HD tar sedan fram ett nytt bolagsrättsligt- och skadeståndsrättsligt "paradigm":

"65. Revisionens främsta externa syfte när det gäller ett börsnoterat bolag är att säkerställa en korrekt information till marknaden i vid mening (se p. 20). Det syftet nödvändiggör inte att skadeståndsansvaret för oaktksam revision utsträcks till att omfatta affärer över börsen eller som på något annat sätt grundas på börskursen, om denna har påverkats av sådana oriktigheter i årsredovisningen som skulle ha undvikits vid en revision utförd i enlighet med god revisions sed. De överväganden som hänför sig till översvämningsargumentet – förutsebarhet för skadegöraren, proportionalitet mellan den skadegörande händelsen och ansvars omfattning samt praktisk hanterlighet (se p. 17 och 25) – talar också starkt emot ett så vidsträckt ansvar. Vad särskilt gäller den praktiska hanterligheten finns det anledning att framhålla, att ett ansvar som omfattar börskursens riktighet riskerar att inte bara leda till en mycket stor krets av skadeståndsberättigade, utan också till en betydande svårighet att beräkna skadan eftersom oriktigheten i årsredovisningen skulle behöva isoleras från alla andra faktorer som kan ha påverkat börskursen.

66. Av det sagda följer att en genom börskursen förmedlad tillit till årsredovisningens riktighet i allmänhet inte bör vara tillräcklig för att en revisor ska kunna göras ersättningskyldig för en felaktig årsredovisning (här bortses då från det fallet att så grov oaktksamhet föreligger på revisorns sida, att det är fråga om ett svindleribrott, jfr p. 25). Omständigheterna i detta fall är inte sådana att det finns anledning att frånga denna normalordning."

I dessa två punkter slå domstolen fast rättsläget enligt svensk rätt nämligen att tilliten till den genom börskursen förmedlade tilliten till årsredovisningens riktighet inte är tillräckligt för att utlösa skadeståndsskyldighet med mindre det föreligger grov oaktksamhet även om det tilläggs att det möjligen skulle kunna föreligga speciella omständigheter i andra fall där omständigheterna innefattar undantag som skulle kunna göra revisorn skadeståndsskyldig vid "normal" oaktksamhet dock utan att ge några exempel på detta. Minst lika

viktigt är emellertid att det slås fast att ansvaret mot den stora kretsen inträder vid grov oaktsamhet något som med hänsyn till en revisors ställning i ett bolag ju innefattar svindleribrott.

Det klarlagda rättsläget innebär därmed även en anpassning till det normala rättsläget i rättsordningar som har ett ansvar för bolagsorganen mot tredje man. Det faktum att vid grov oaktsamhet ansvaret är obegränsat får troligen inte heller några försäkringsrättsliga verkningar eftersom med största säkerhet en revisor som begått brottsliga gärningar inte själv åtnjuter något försäkringsrättsligt skydd. Frågan om tredjemans skydd genom försäkringar vid brottsliga gärningar är ju en annan sak.

4. Sammanfattning

Sammantaget ger domen – som ger upphov till många reflektioner kring premisserna för ett hanterbart skydd av revisorernas ansvar vid ”normal” oaktsamhet – klara besked om att normskyddet för bolagsorganens ansvar mot tredje man innefattar kraftiga begränsningar och detta inte minst eftersom jämningsregler inte kan hantera sådant ansvar med hänsyn till den stora kretsen tänkbara skadelidande när ett bolag är börsnoterat.

Domen kommer emellertid att följas av andra och minst lika svåra frågor som t.ex. när tilliten är befogad till årsredovisningen när fråga inte är om börsnoterade bolag och således inte rör börskursers inverkan på skadan liksom när fråga är om betydelsen av tillit till prospekt, delårsrapporter (vad gäller styrelsens ansvar mot tredje man) och en rad liknande ansvarsfrågor mot tredje man. Dessa har naturligtvis inte kunnat belysas av denna mycket omfattande dom, men jag menar att man får utgå från att man i varje enskilt skadefall får bedöma om floodgate-argumentet äger sin giltighet eller om det då inte framstår som lika relevant. Även här kan med största sannolikhet vägledning hämtas från t.ex. amerikansk skadeståndsrätt. Där tolkades först Ultramares-case synnerligen vidsträckt under några årtionden men det kom att få en mer nyanserad behandling sedermera och det finns här mycket att ta till sig. Endast det faktum att det finns fall då detta argument har relevans får inte leda till slutsatsen att det skall ges en alltför vidsträckt tillämpning. Utomobligatoriskt tillsitsansvar befinner sig numera i ett spänningsfält mellan BDO-domen NJA 2014 s. 272 och Kone-domen NJA 1987 s. 692.

Bolagsorganens skadeståndsansvar var enligt mitt förmenande ett länge försummat rättsområde där metodologiskt varken skadeståndsrätten eller bolagsrätten gjorde ordentliga analyser. Bolagsrätten och dess rättsdogma-

tiskt bristande erfarenheter av svårare skadeståndsspörsmål och skadeståndsrättens länge handfallna förhållningssätt till utomobligatoriskt ansvar för rena förmögenhetsskador gjorde att medan den allmänna inställningen till rena förmögenhetsskador präglades av en av skadeståndsrätten i komparativ belysning alltför snäv inställning till sådant ansvar bolagsrätten inställning var den helt motsatta. Båda synsätten var felaktiga och i komparativ belysning präglade av ovilja att göra jämförelser med andra rättsordningar.

På bolagsrättens område präglades synsättet länge av en uppfattning om behovet av ett obegränsat ansvar utan att man brydde sig om den allmänna skadeståndsrättens oro för ohanterbart vidlyftiga anspråk. Svensk skadeståndsrätt präglades länge av en säregen naivitet i kraftig kontrast till utländska rättsordningar med större erfarenhetsbasis. Utvecklingen visar på det oerhörda behovet av komparativa studier där de små rättsordningarna har mycket att lära av rättsordningar med större erfarenhet av svåra frågor. För den som delat kritiken att HD f.n. skulle präglas av en alltför kraftfull domarskapad rättsbildning kan det vara på sin plats att här påpeka att det förströdda och föga engagerade intresse i dessa mycket viktiga skadeståndsfrågor som det bolagsrättsliga organansvaret och då särskilt revisorsansvaret länge åtnjöt och som även utmärkte lagmotiven medförde att den för tillfället rådande mer aktivistiska metoden i HD här kommer att få betydande internationell uppmärksamhet men då knappast därför att domstolen på ett elegant avvisande sätt kom förbi den falska auktoritet som lagmotiv alltför länge åtnjutit i svensk rätt utan därför att man lyckats hitta en hanterbar ”mellanlösning”.

