

# Förhållandet mellan rådgivarens medvållandeansvar mot ett bolag vars styrelse samtidigt gjort sig skyldig till allvarlig ekonomisk brottslighet riktat mot själva bolaget\*

JAN KLEINEMAN\*\*

## 1. Inledning

Förekomsten av vad som kan betecknas som parallella och konkurrerande ansvarsregler på skadeståndsrättens område är något som ofta återspeglar sig i det praktiska rättslivets yrkanden och grunder. Att ett givet antal rättsfakta förses med en rad olika rättsliga argument i förhoppning om att något av dessa leder till skadeståndsansvar medför att man åberopar en rad rättsprinciper med tanken att i vart fall någon av dessa grunder – till skillnad från övriga – skall leda till framgång.

Det är i grunden en märklig tanke att vissa rättsregler applicerade på givna rättsfakta skulle leda till ett ”bättre” resultat än andra. Jag hade för några år sedan ett unikt tillfälle att pröva dessa tankegångar på ett aktiebolagsrättsligt skadeståndsfall som ställde olika jämförbara principer mot varandra och där resultatet direkt kunde jämföras. Det rörde sig om en lika besvärlig som ofta förekommande skadesituation nämligen om en rådgivare till ett bolag där det senare blev utsatt för allvarliga brott av vissa styrelseledamöter. Rådgivarens misstag var obetydliga i förhållande till vad styrelseledamöterna hade gjort sig skyldiga till och en särskild etisk nämnd uttalade att rådgivaren i strid mot gällande etiska regler ”*kommit att företräda parter med motsstående intressen på*

\* Har tidigare publicerats i Karlsson-Tuula, Marie m.fl. (red.), Festskrift till Rolf Dotevall, Juristförlaget i Lund, 2020, s. 375 ff.

\*\* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika ordförande för det vetenskapliga rådet vid Stockholm Centre for Commercial Law.

ett sätt som är oförenligt med kravet att [X] ska obundet kunna hävda klientens intressen”.

Mot bakgrund av detta uttalande inledde bolaget en tvist mot rådgivaren sedan man endast delvis lyckats erhålla ersättning från de kriminella styrelseledamöterna som man – för att tydligen i vart fall erhålla något – hade ingått en förlikning med.

Bolaget hävdade att enligt dess mening rådgivaren hade medverkat ”till skadan och att [rådgivaren] därför [var] solidariskt ansvarig att jämte [bolagets] tidigare styrelse, ersätta skadan.” Rådgivaren bestred ansvar.

Den etiska nämnden ansåg att rådgivaren hade agerat på ett sätt som ”närmast kan liknas vid ett skrivbiträde” och därför upprättat ”just de handlingar som möjliggjort bolagsplundringen av [bolaget].” Det var däremot inte styrkt att rådgivaren skulle ha agerat uppsåtligen, men trots det var ”omständigheterna mycket försvårande” och denne hade därför ”allvarligt åsidosatt sina plikter” men i övrigt hade rådgivarens åsidosättande av gällande etiska normer inget direkt orsakssamband med den uppgivna bolagsplundringen.

Bolaget valde således därefter att rikta sina ”restkrav”<sup>1</sup> mot rådgivaren. Bolaget baserade sina krav på rådgivarens uppgivna vårdslöshet, med en hänvisning till den etiska nämndens ovan återgivna bedömning och beslut. Det måste således vara det på av denna nämnds angivna sätt, att medverka som ”skrivbiträde” som medfört att bolaget ansåg att rådgivaren medverkat till den skada som bolaget uppgav sig ha lidit genom bolagsplundringen och därför var rådgivaren skadeståndsskyldig.

En första intressant iakttagelse är att bolagets val att mot rådgivaren resa ett anspråk på vad detta *inte* erhållit genom förlikningen med den gamla styrelsens medlemmar, medför ett antal komplicerade skadeståndsrättsliga frågeställningar. Det hela fordrar därför en successiv genomgång och där de rättsliga frågeställningarna följer vad jag väljer att med en processrättslig term beteckna som *den successiva relevansens princip*. Dessutom kommer vissa frågor om principerna om flera skadevållares ansvar, regress dem emellan, insolvensrisken och frågan om bolagets ställning som medvållande genom s.k. passiv identifikation för juridiska personer att behandlas.

<sup>1</sup> Detta skulle ha uppgått till allt som återstod av den skada förorsakad genom den genomförda bolagsplundringen jämte ränta men med avräkning av vad tidigare fyra styrelseledamöter gemensamt förlikningsvis skulle ha utgivit.

## 2. Flera skadevållare som samverkat till en viss skada

Det finns synbarligen ett förlopp som föregrep den nu aktuella tvisten som först måste bedömas.<sup>2</sup> Såvitt jag har förstått saken, hade mellan parterna förts en diskussion om bl.a. betydelsen av den förlikning som skett med de fyra ledamöterna i den gamla styrelsen och de regresskrav som därmed eventuellt kunde komma att äventyras för det fall rådgivaren ålades skadeståndsskyldighet. Mot det hade bolaget anfört att regressrätt inte skulle ha varit aktuellt, utan enbart fråga om avräkning för redan uppburen ersättning. Man skulle kunna tänka sig att bolaget hävdade förevaron av en ”*annan skada*”. Det skulle *därmed* ha saknats solidariskt ansvar och inte heller någon regressrätt enligt bolaget.

Så var emellertid inte fallet och bolaget hävdar inte förevaro av en ”*annan skada*” mot rådgivaren än den som kraven mot de tidigare styrelsemedlemmarna avsett, men att bolaget likväl vidhöll sitt bestridande av att bolaget skulle ha haft regressrätt mot för skadan ansvariga ledamöter av den gamla styrelsen. Därigenom uppstod flera principiellt mycket intressanta skadeståndsfrågor som här skall mer principiellt analyseras. Tanken är nu att detta i och för sig något speciella fall således tillåts illustrera flera grundläggande skadeståndsrättsliga huvudprinciper som dessvärre blivit alltför lite belysta i svensk rätt. Frågan om ”*samma skada*” och då särskilt i bolagsrättsliga sammanhang är visserligen i sig en ytterst intressant fråga men som jag tidigare behandlat avseende särskilt revisorer.<sup>3</sup> Jag behöver alltså inte här utveckla varför anspråken måste rättsligen avse ”*samma skada*” och grunden för anspråket vara *den medverkan som bolaget menar att rådgivaren hade gjort sig skyldig till* avseende den som berörda styrelseledamöter i sin tur hade gjort sig skyldiga till. Att regressrätt självklart förelegat återkommer jag till nedan.

Det är här tillräckligt att sammanfattningsvis konstatera att det alltså rör sig om en skada där den brottsliga gärningen orsakar själva skadan och rådgivarens medverkan påstås innefatta ansvar för dennes oaktsamma medverkan till den av de brottsliga styrelseledamöterna förorsakade skadan och att vi således har *det skadeståndsrättsliga principfallet när det kan föreligga flera skadevållare som samverkat till en viss skada*.<sup>4</sup> Jag kommer nedan i sektion 4

<sup>2</sup> Se dock vad som anges i not 1.

<sup>3</sup> Begreppet ”samma skada” och varför en revisor inte bör kunna övervältra sitt oaktsamhetsansvar på bolagets styrelse i Festskrift till Göran Millqvist / [ed] Lars Gorton, Lars Heuman, Annina H. Persson, Gustaf Sjöberg, Stockholm: Jure, 2019, s. 351–368.

<sup>4</sup> Detta har ju utvecklats ingående av Bill Dufwa i dennes monumentalarbete *Flera skadevållare*.

något diskutera frågor kring principerna om ansvaret vid fall av flera skadevällare med avseende på den här aktuella situationen.

### 3. Ytterligare ansvarsbetingelser för att en rådgivare skulle vara skyldig att utge skadestånd i ett fall som detta

Bolaget hävdade att rådgivaren genom dennes agerande hade medverkat till den skada som hade drabbat bolaget genom bolagsplundringen. Medverkansansvaret angavs grundat på ”*vårdslös rådgivning*”. Jag väljer att utgå från att beteendet skall anses utgöra vårdslöshet och att rådgivare som agerar som ”*skrivbiträde*” i strid mot etiska regler således i sig varit vårdslösa, men att det självklart går att ifrågasätta om en sådan rådgivare verkligen kan anses som medverkande till skadan, oaktat det i praxis inte brukar ställas alltför höga krav på medverkansbeteende för att detta skall anses ha bidragit till en skada.

När som i ett fall som detta bolaget väljer att ingå en förlikning avseende ansvaret mot de som gjort sig skyldiga till bolagsplundringen och således därigenom i praktiken nedsätter deras ansvar, kan detta vid en första betraktelse synas märkligt, men ofta kan en sådan affärsmässig uppgörelse i praktiken vara det enda sättet att erhålla något från styrelseledamöter som på sådant påtagligt sätt eftersatt sin lojalitetsplikt mot bolaget. Detta således i grunden praktiskt rationella beslut ger emellertid upphov till en rad komplicerade skadeståndsfrågor om eventuellt förlorad regressrätt, s.k. prejudiciell prövning av skada orsakad av annan, men även frågor om skadeberäkning. Vad en rådgivare som agerar som ett ”*skrivbiträde*” rättsligen kan sägas ha gjort sig skyldig till är naturligtvis inledningsvis beroende av vad som de primärt skadeståndsskyldiga kan läggas till last. Varken brottmålsdomar mot berörda styrelseledamöter eller en etisk nämnds bedömning av vad rådgivaren gjort är på något sätt rättsligt bindande mot rådgivaren vid en rättslig bedömning inför domstol eller grundar någon form av principalansvar för dennes arbetsgivare. I princip kan således frågan om det angivna händelseförloppet ifrågasättas, liksom den verkliga skadans storlek bli föremål för en prövning i en sådan tvist, även om det kan antas att såväl eventuella brottmålsdomars slutsatser liksom etiska prövningar i praktiken har en betydande bevisverkan.

Av särskild vikt är emellertid att notera att de etiska nämnderna nog *aldrig prövar frågan om skadeståndsansvar*, utan blott om ett visst agerande strider mot det etiska regelverket. En sådan bedömning kan i sin tur visserligen ha betydelse vid bedömningen av om oaktsamhet föreligger, men till detta

måste läggas en rad ytterligare skadeståndsrättsliga prövningar, t.ex. adekvat kausalitet, skadevållarens insikt i följderna av vad som läggs denne till last samt eventuellt graden av medvållande. Det är frågor som i sådana här fall, liksom i andra skadeståndsfall, som naturligtvis alltid återstår att pröva i en skadeståndsprocess.

Det skall således fordras att *utan* rådgivarens ”medverkan” den aktuella skadan inte hade timat, d.v.s. att det på något sätt varit en nödvändighet för att faktiskt genomföra det som gjordes, d.v.s. den bolagsplundring man tydligen ansåg sig var tvingad att anlita rådgivarens ”skrivbiträdestjänster” för, räckte oaktat denne inte kunde läggas till last att dessutom ha agerat som affärsrådgivare. Vi har med dessa betingelser ett fall av ansvar för ”flera skadeståndsskyldiga”<sup>5</sup> och i angivet hänseende skulle de berörda brottslingarna således *inte* ha kunnat genomföra bolagsplundringen utan rådgivarens på angivna sätt agerande som ”skrivbiträde”.

Det kan kanske ifrågasättas om sådant ”skrivbiträde” verkligen är en nödvändig betingelse för brottet, men väljer man att utgå från att en rådgivare som agerar på angivet sätt i *objektivt hänseende* medverkat till skadan följer därav en rad intressanta skadeståndsrättsliga spörsmål.

Det räcker emellertid inte för att ett skadeståndsrättsligt medverkansansvar skall inträda, att någon i objektivt hänseende medverkat. För att skadeståndsansvar överhuvud skall kunna inträda, fordras även att rådgivaren, när denne agerar som ”skrivbiträde”, inser eller i vart fall bör ha insett att denne medverkade till en bolagsplundring.

## 4. Frågor kring principerna om ansvaret vid fall av flera skadevållare

### 4.1 Solidariskt ansvar för flera skadevållare

En av de viktigaste utgångspunkterna när fråga är om ansvar för flera skadevållare till en viss skada – i detta fall bolagstömningen – är att den skadelidande då kan vända sig mot vem som helst av de skadeorsakande rättssubjekten. Bestämmelsen är så viktig att den direkt framgår av 6 kap. 4 § SkL och har följande lydelse:

<sup>5</sup> Se Hellner, Skadeståndsrätt 10 uppl. 2018 s. 231 ff.

”Skall två eller flera ersätta samma skada, svarar de solidariskt för skadeståndet, i den mån ej annat följer av att begränsning gäller i den skadeståndsskyldighet som åvilar någon av dem.”

Som framgår innefattar emellertid redan bestämmelsen vissa begränsningar vars relevans i det föreliggande fallet, man får söka efter på annat håll. Man har emellertid att även notera vad som stadgas i 6 kap. 2 § SkL:

”Är skyldighet att utge skadestånd oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden, kan skadeståndet jämkas efter vad som är skäligt, varvid även den skadelidandes behov av skadeståndet och övriga omständigheter skall beaktas.”

Den senare regeln är kopplad till det viktiga faktum att även om huvudregeln är att samtliga som medverkar till skadan, såväl ”*huvudansvariga*” som ”*bitransvariga*”, är solidariskt ansvariga för hela skadan, hänsyn kan dock tas till ”*att en skadeståndsskyldigs andel i skadevållandet är ringa*”.<sup>6</sup>

#### 4.2 Regress mellan flera primärt solidariskt ansvariga

De skadeståndsskyldigas solidariska ansvar betyder att den skadelidande kan kräva hela skadan från var och en av dem, varefter den av de ansvariga som reglerat skadan från de andra kan utkräva vad de är skyldiga enligt reglerna om uppgörelse mellan flera skadeståndsskyldiga. Den regressrätten föreligger även mellan de som ansvarar på grund av brott (se t.ex. NJA 1937 s. 264). Reglerna är inte lagfästa, men lagens tystnad ska inte förstås som att regressrätt saknas. Som jag i det följande utvecklar, sker regressfördelningen efter skälighet.

#### 4.3 Fördelning av ansvaret mellan flera som är ansvariga på grund av culpa/upsåt

Man måste härvidlag även beröra frågan om, vid uppgörelse mellan flera som är skadeståndsskyldiga på grund av eget vållande, ansvaret därvid bör fördelas mellan dem *efter samma principer som man tillämpar när man jämkar skadeståndet på grund av den skadelidandes medvållande*. Detta var utgångspunkten i det ovan nämna rättsfallet NJA 1937 s. 264. Här fördelade nämligen HD:s majoritet skadeståndsskyldigheten efter beaktande av ett flertal

<sup>6</sup> Se Hellner, s. 233.

omständigheter. De omständigheter som kan vägas in är just om någon varit huvudgärningsman eller agerat uppsåtligt eller om några varit mer aktiva och andra mindre. Även om någon *”har större andel i orsakandet av skada än de övriga”* kan därvid vara något som är relevant och detta särskilt om några skadevällare gjort sig skyldiga till allvarlig brottslighet, medan andra medverkande endast varit vårdslösa och saknat insikt i det brottsliga förfarandet. Vi har här det klassiska fallet med några skadevällare som agerat uppsåtligt/brottsligt och andra blott oaktsamt.

Hellner uttrycker saken så, att man här kan ta hänsyn till faktorer som innefattar beaktande av ett *”flertal omständigheter.”*<sup>7</sup> Han framhåller också att just när *”inte alla skadeståndsskyldiga handlat uppsåtligen torde, liksom vid medverkan, graden av vållande vara den viktigaste faktorn”*<sup>8</sup> I sådana fall då vissa handlat uppsåtligen och andra oaktsamt räknas som huvudregel de förra som *”huvudansvariga”*. Huvudregeln bör vara att man skall ta hänsyn *”till vem som varit mest aktiv och i vems intresse handlandet skedde.”* Fråga blir då ofta om att till förmån för den *”biansvariga”* fördela det solidariska ansvaret för skadan efter huvudtalet (eller efter graden av skuld) och för den *”biansvarige”* alltså inte gälla hela skadan, se vidare avsnitt 5 nedan. Hellner berör även en fråga som kommer att behandlas mer ingående närmare nedan, nämligen ansvarsfördelningen vid de speciella fallen då man även måste ta hänsyn till reglerna om s.k. passiv identifikation, se vidare avsnitt 7 nedan.

#### 4.4 Eftergift mot en av flera primärt solidariskt ansvariga

Märkligt nog behandlas emellertid inte i Hellners framställning ett tämligen nytt rättsfall avseende regress som påverkas av skadelidandes egna åtgärder gentemot de huvudansvariga, ens i den allra senaste upplagan av arbetet *Skadeståndsrätt*, vilket visserligen kan förklaras med att rättsfallet inte formellt avser skadeståndsansvar, men då rättsfallet ger uttryck för allmänna förmögenhetsrättsliga principer om regressrätt och frågan om effekten av en borgenärens åtgärd att befria eller nedsätta enskild gäldenärs förpliktelse genom förlikning, har avgörandet den största betydelsen även för skadeståndsrättens del.

I rättsfallet NJA 2016 s. 1176 som enligt rubriken avser frågan om *”solidariskt ansvar för penningskuld”* där *”en borgenär, som efterger sin fordran mot en gäldenär utan övriga gäldenärers samtycke”*, gäller *”som utgångspunkt”* att

<sup>7</sup> Se a.a. s. 238.

<sup>8</sup> Se a.a. s. 238.

fordringsägaren ”*inte längre [kan] göra gällande medgäldenärernas ansvar för gäldenärens andel i den utsträckning som gäldenären befrias genom eftergiften.*”

De förmögenhetsrättsliga principer som där slås fast gäller således just när de solidariskt betalningsansvariga får sin regressrätt påverkad av att den betalningsberättigade befriar eller begränsar en betalningsförpliktigads ansvar gentemot honom som fordringsägare. Samma principer gäller här – och som utvecklats ovan – som vid primär solidarisk betalningsskyldighet vid fall av flera skadeståndsskyldiga liksom vid flera betalningsskyldiga, eftersom det i båda fallen gäller betalning av skuld för vilka i båda fallen utgångspunkten är primärt solidariskt betalningsansvar.

#### 4.5 Sammanfattning

Vi har således nått så långt att den mycket speciella situation som från skadeståndsrättslig synvinkel här föreligger, *berör flera välbekanta skadeståndsprinciper* när fråga är om ansvaret för flera skadeståndsansvariga för viss skada. *Den första frågan* rör frågan hur det primärt solidariska ansvaret mellan flera skadeståndsansvariga ter sig när fråga är om förekomsten av huvudansvariga och ”*biansvariga.*”

*Den andra frågan* rör inverkan av regress när en ”*biansvarigs*” regress påverkas av en fordringsägares ensidiga begränsning av den huvudansvariges ansvar genom en förlikning.

Två välbekanta men måhända något komplicerade fordringsrättsliga spörsmål som inte bara aktualiseras inom den allmänna skadeståndsrätten utan inom hela förmögenhetsrätten. Även här måste man tillämpa vad jag ovan valt att beskriva som den successiva relevansens princip och man får då börja med frågan om jämkningen av det primära solidariska ansvaret.

### 5. Skadeståndslagens undantag till det primärt solidariska betalningsansvaret vid orsakande av en viss skada

#### 5.1 Inledning

Det finns således ett viktigt undantag i skadeståndslagens 6 kap. 4 § till det primärt solidariska skadeståndsansvaret, nämligen att detta, det solidariska ansvaret, gäller som huvudregel, men ”*i den mån ej annat följer av att begränsning gäller i den skadeståndsskyldighet som åvilar någon av dem.*”



När som i detta fall det skadeståndsberättigade bolaget valde att inte föra talan mot samtliga styrelseledamöter som man tydligt ansåg vara solidariskt ansvariga för skadan, utan först separat väcker en skadeståndstalan mot tidigare styrelseledamöter som – i vart fall två av de fyra ledamöterna – direkt eller indirekt berikar sig genom bolagsplundringen, blir problematiken än mer komplicerad. Normalt börjar man med att pröva frågan om huvudregeln skall tillämpas, d.v.s. om samtliga som får anses ha varit medverkande till skadan skall vara solidariskt ansvariga.

## 5.2 Huvudregeln, primärt solidariskt ansvar vid culpaansvar

Som berörts ovan är huvudregeln här klar – ”*alla skadeståndsskyldiga ansvarar solidariskt med hela beloppet*” – och detta utan hänsyn till graden av ”*större eller mindre grad av vållande*”<sup>9</sup> men det gäller vid culpaansvar. Eftersom två av styrelseledamöterna här hade gjort sig skyldiga till brott (ansvarsgrunden mot övriga två styrelseledamöter får däremot anses utgöra vårdslöshet av den s.k. normalgraden) och rådgivaren endast gjort sig skyldig till culpa, blev saken annorlunda.

## 5.3 Regeln vid ”huvudansvariga” och ”biansvariga”

Eftersom skadeståndslagen 6 kap. 4 § möjliggör att göra undantag till det primära solidariska ansvaret så blir frågan när det finns ”*huvudansvariga*” som plundrat bolaget, berikat sig genom detta och befunnits ha gjort sig skyldiga till brottslig gärning, om ansvaret på culpagrund skall jämkas enligt 6 kap. 2 § när en ”*biansvarig*” blott gjort sig skyldig till oaktsamt medvållande. Hellner påpekar att ett sådant fall kan vara att man just tillämpar den allmänna jämningsregeln i 6 kap. 2 § när ”*en skadeståndsskyldigs andel i skadevållandet är ringa*”.<sup>10</sup>

Vad som träder i förgrunden är lokutionen ”*övriga omständigheter*” i just denna lagbestämmelse. Här är just ett sådant fall då ”*den ansvariges skuld*” kan jämkas och därvid påpekar Hellner vidare<sup>11</sup> att detta får i realiteten endast betydelse vid just ”*uppsåtligt handlande*”. När i ett sådant fall skadan enbart skett i de bronsligas intresse och det *endast är de som otillbörligen berikats genom brottet* framstår enligt mitt förmenande den som agerat som ”*skrivbiträde*” utan insikt i det brottsliga förfarandet som klart mer ”*biansvarig*”.

<sup>9</sup> Se Hellner, a.a. s. 233.

<sup>10</sup> Se a.a. s. 233 med hänvisningar i not 19.

<sup>11</sup> Se a.a. s. 414.

När i ett fall som detta de ”huvudansvariga” direkt eller indirekt berikat sig genom den brottsliga gärningen skall dessa helt uppenbart bära fullt ansvar. Det framstår därför för mig som begripligt att av praktiska skäl bolag som drabbas på detta sätt väljer för att kanske erhålla något känner sig ”*vingade*” att förlika bort huvuddelen av styrelseledamöternas ansvar för att därefter rikta anspråk på ”*restbeloppet*” mot andra som endast haft en biroll i skadeförloppet, om än en vårdslös sådan. En professionell rådgivare har ju praktiskt taget alltid en ansvarsförsäkring som täcker vad denne gjort sig skyldig till.

#### 5.4 Jämkning av ”biansvarigs” primärt solidariska ansvar – ”omvandling” av ansvaret

Även om bolaget i ett fall som detta skulle kunna visa att rådgivaren i vart fall borde ha kunnat inse att bolagsplundringen var syftet med hans ”*skrivbiträdesuppgift*” (oavsett att han inte haft faktiskt insikt härom), så skulle alltså frågan aktualiseras om jämkning av dennes primärt solidariska ansvar för oaktsamhet i förhållande till de berörda styrelseledamöternas fulla skadeståndsansvar på grund av uppsåtligt brott. Som påpekas i lagkommentaren<sup>12</sup> av Bertil Bengtsson blir konsekvensen härav följande:

”När en av de ansvariga har fått skadeståndet reducerat, medan den andre svarar fullt ut, blir ansvaret solidariskt upp till det belopp den förre är skyldig att betala, resten får den senare betala själv.”

Jämkningsen innebär i sig, för den begränsat ansvarige, att det primärt solidariska ansvaret till viss del faller bort och endast gäller för en *viss del* av skadan; för den begränsade delen, men endast den, gäller naturligtvis det fulla solidariska ansvaret mellan huvud- och biansvarig.

*Enligt mitt förmenande, skall en rådgivares ansvar i sådana fall fastställas till en kvotdel av ursprunglig skada utifrån en skälighetsbedömning.* Det ansvar som således skulle ha ålagts de ”huvudansvariga”, om förlikning inte skett, skulle däremot aldrig ha jämkats med hänsyn till att fråga var om allvarlig ekonomisk brottslighet.

Det är viktigt att förstå, att på angivet sätt utsatt bolag inte skall kunna öka rådgivarens eventuella ansvar genom en förlikning med de ”huvudansvariga”.

Det kan enligt mitt förmenande således aldrig bli tal om att det utsatta bolaget skulle kunna uppnå dels de praktiska fördelarna av en förlikning,

<sup>12</sup> Se Bengtsson och Strömbäck, Skadeståndslagen – en kommentar 6 uppl. s. 475.

med de huvudansvariga styrelseledamöterna som berikat sig brottsligt genom skadan samt med övriga två tidigare styrelseledamöter och sedan söka *hela* återstoden hos rådgivaren, som biansvarig, med ty åtföljande principalansvar för dennes arbetsgivare.

### 5.5 Insolvensrisk

Då det fulla solidariska ansvaret i den ovan diskuterade situationen endast gäller den begränsade andel av skadan som den ”biansvarige” rådgivaren ansvarar för kan den eventuella insolvensrisken avseende de huvudansvariga (brottslingarna) vad avser deras överskjutande fulla solidariska ansvar principiellt aldrig läggas över på den (begränsat) solidariskt medansvariga rådgivaren.

### 5.6 Rådgivarens medverkan

Brottet har begåtts i de berörda styrelseledamöternas intresse och det är de som har berikat sig, direkt eller indirekt. Brottet har initierats av dessa och rådgivarens delaktighet är blott att han – utan brottsinsikt – fungerat som ”*skrivbiträde*”.

Rådgivarens medverkan framstår enligt mitt förmenande i fall som detta i relation till de brottsligas medverkan och intresse som väsentligen mer obetydligt. Om man på det sätt som gjordes vid den etiska prövningen anser att en rådgivare i ett fall som detta genom att vara ”*skrivbiträde*” därmed möjliggjorde den brottsliga gärningen kan detta tolkas på olika sätt. Det finns naturligtvis många olika sätt som en styrelseledamot kan gå till väga för att åtkomma bolagets kassa och även om det kraftigt underlättar att använda konstruerade transaktioner där handlingar upprättas av professionella rådgivare, finns det många andra sätt.

Hur *nödvändig* en sådan rådgivares medverkan verkligen är för genomförandet av den brottsliga planen är därmed en fråga som inte diskuterats mera ingående i svensk rätt och som jag väljer att lämna obesvarad, eftersom detta är något som i samband med en domstolsprövning av skadeståndsansvaret innefattar en prövning av frågan om s.k. adekvat kausalitet mellan ”*skrivbiträdesrollen*” och skadan.

### 5.7 Skillnader i skuld och kvotandel av ansvaret

När som i detta fall skillnaden i graden av skuld är betydande mellan ett oakt-samt ”*skrivbiträde*” utan faktisk insikt i skadeförloppet och de reella aktö-erna som initierar ”*upplägget*” (som gör det i eget syfte endast med ett enda reellt intresse nämligen att, direkt eller indirekt, berika sig på bolagets bekost-nad genom bolagsplundringen), bör enligt mitt förmenande skälighetsregeln tillämpas så, att endast en mindre kvotdel av ansvaret läggs på den/de oakt-samma och huvuddelen av ansvaret på de kriminella styrelseledamöterna som flagrant missbrukade sin förtroendeställning och förmodligen faktiska tillgång till bolagets förmögenhet.

Här kan det vara nog att notera att samtliga styrelseledamöter i ett bolag måste sätta sig väl in i bolagets transaktioner och inte kan låta sig nöjas med andrahandsuppgifter som att allt tas om hand av en extern konsult. Att tyd-ligt och klart förstå vilka affärer som styrelsen har engagerat sig i, syftet med dessa, liksom de affärsmässiga riskerna, är inget som en enskild styrelseleda-mot kan delegera bort till externa konsulter under föregivande av deras pro-fessionsansvar. Att man befinner sig fysiskt långt bort från händelseförloppet är inte heller något skäl att förlita sig på andra, utan man är måhända i än högre grad skyldig att på egen hand sätta sig in i vad som pågår.

### 5.8 Min bedömning av jämkningsgraden/kvotansvaret

Då emellertid tillämpningen av den aktuella jämkningsregeln som här kan tillämpas jämlikt 6 kap. 2 § och 6 kap. 4 § skadeståndslagen, till sin karaktär är utformade så, att man således blott kan anföra de generella relevanskrite-rier som i det enskilda fallet kan och bör tillämpas, är detta något som inver-kar på varje försök att prognosticera hur bedömningen kommer att ske i det enskilda fallet. Hur i ett enskilt fall denna skälighetsnorm skall appliceras är således svårt att precisera. Personligen menar jag att det knappast ens borde vara möjligt att lägga mer än högst 20 % på den som, som ”*skrivbiträde*”, är så ringa medverkande till skadan som en rådgivare som agerar ”*skrivbiträde*” skulle ha kunnat vara jämfört med de brottsliga huvudansvariga.

En så hög procentsats som 20 % rimmar emellertid i sig dessutom illa med att de ”*huvudansvarigas*” gemensamma fulla solidariska ansvar sätts ner till ett lågt belopp på grund av en förlikning.

## 6. Kriterierna för nedsättning av det kvarstående ansvaret vid beaktande av den förlorade regressrätten mot de huvudansvariga

### 6.1 Inledning

Oberoende av till vilken nivå en professionell rådgivares primära solidariska ansvar i ett fall som detta nedsättes till, uppstår genom den förlikning som träffas mellan bolaget och de ”huvudansvariga” styrelseledamöterna ytterligare en komplicerad regressproblematik. I ett sådant fall skall principerna om regressrätt tillämpas vad gäller frågan hur det slutliga ansvaret mellan de ansvariga skall fördelas med beaktande av förlikningen och den relativa välvilja som bolaget där rent objektivt sett visade sina tidigare styrelseledamöter.

### 6.2 Regressrätt och eftergift

Det är i det sammanhanget som det ovan återgivna rättsfallet NJA 2016 s. 1176 enligt mitt förmenande skall appliceras. Högsta domstolen anger huvudregeln – d.v.s. vad som gäller om ingen nedsättning sker av enskilds solidariska ansvar – men *självfallet skall samma princip tillämpas även när nedsättning av enskilds ansvar skett med stöd av 6 kap. 2 § Skl.* HD uttalar därvid följande:

”Ett solidariskt ansvar av detta slag innebär att var och en av gäldenärerna i förhållande till borgenären svarar för skuldens hela belopp, dvs. inte bara för sin egen andel utan också för de andra gäldenärernas andelar. Det kan beskrivas så att varje gäldenär har en garantiförpliktelse för övriga gäldenärers andelar, förenad med en regressrätt. Ansvaret liknar på detta sätt vad som gäller vid en proprieborgen (10 kap. 9 § HB). Som princip gäller att ansvaret till slut ska bäras av gäldenärerna i enlighet med var och ens andel av skulden. Den gäldenär som betalar mer än sin andel till borgenären har därför rätt att i motsvarande mån få betalt av medgäldenärerna inom ramen för deras andelar.”

HD tillägger därefter följande:

”En borgenär, som efterger sin fordran mot en gäldenär utan övriga gäldenärers samtycke, kan därmed som utgångspunkt inte längre göra gällande medgäldenärernas ansvar för gäldenärens andel, i den utsträckning som gäldenären befrias genom eftergiften (jfr friskrivning från solidariskt borgensansvar i NJA 1989 s. 269). Vad som närmare bestämt gäller beror dock på vilken betydelse eftergiften i det enskilda fallet har för medgäldenärernas regressrätt.”

Som framgår, så är den helt avgörande frågan den betydelse som en förlikning har för rådgivarens regressrätt mot de huvudansvariga. Här föreligger enligt mitt förmenande en betydande skillnad mellan rådgivarens ansvar direkt mot bolaget (ett primärt solidariskt ansvar för en begränsad kvotdel av skadan) och frågan om rådgivarens regressrätt mot de två huvudansvariga (full eller närmast full regress, se nedan).

### 6.3 Regressfördelningen – grad av vållande/ uppsåt

Medan ett bolag som utsätts för en av styrelseledamöter initierad bolagsplundring självklart har ett befogat skyddsintresse *gentemot samtliga som gemensamt är ansvariga för skadan* – oaktat en rådgivare som i egenskap av skrivbiträde endast i mindre grad har skuld i det hela och därför endast ska bära ett till en kvotdel begränsat solidariskt ansvar – så skall enligt min mening de huvudansvariga genom att dessa begick en brottslig gärning och berikade sig genom denna och därmed förorsakade skadan helt och uteslutande i eget intresse bära – ur regressynvinkel – ansvaret för *hela eller närmast hela skadan*.

Här består emellertid vid regressrätt vid skada jämfört med regressrätt vid betalningsansvar för skuld vissa uppenbara skillnader. Regressrätten skall vid skada påverkas av envars andel i skulden. Här får man ånyo således falla tillbaka på skälighetsbedömningar, men skillnaden är att nu handlar det inte om en jämkning av skadeståndsansvar utan om en skälighetsfördelning av ansvaret mellan de som medverkat till skadan. Man behöver då inte tillämpa varken 6 kap. 2 § eller 6 kap. 4 § skadeståndslagen, utan får då följa allmänna och som Hellner påpekar ännu inte lagfästa regler eller principer.<sup>13</sup>

Regressfrågan är ju som Hellner påpekar en med jämkningen ”nära till hands liggande fråga” men och när ”inte alla skadeståndsskyldiga handlat uppsåtligen torde, liksom vid medverkan, graden av vållande vara den viktigaste faktorn.” När den ene handlar uppsåtligen och den andre oaktsamt ”betraktas vanligen den förre som huvudansvarig.”<sup>14</sup> Hellner tillägger:

”Liksom skedde i plenimålet kan det vara skäl att ta hänsyn till vem som varit mest aktiv och i vems intresse handlandet skedde.”

<sup>13</sup> Se Hellner a.a. s. 237.

<sup>14</sup> Se Hellner a.a. s. 238.

#### **6.4 Huvudansvar på grund av brott – utgångspunkt full regress för de culpösa**

När i ett fall som det föreliggande, de huvudansvariga gjort sig skyldiga till allvarlig brottslighet i syfte att direkt eller indirekt berika sig, finns enligt mitt förmenande ingen anledning att lägga ansvaret på något annat sätt än att den oaktsamme, som här endast i mindre utsträckning varit delaktig i egenskap av ”*skrivbiträde*”, inte kan bära något ansvar i relation till de som berikat sig och som helt orsakat skadan i just det syftet. Det bör i ett sådant fall föreligga *full* regressrätt gentemot de berörda styrelseledamöterna. Nu har emellertid förlikningen inneburit att samtliga mellanhavanden mellan bolaget och styrelseledamöterna slutligen reglerats och, slutsatsvis, att bolaget därigenom helt befriat dessa styrelseledamöter, även de brottsliga, från vidare anspråk och alltså genom förlikningen därmed berövat rådgivaren dess regressrätt mot dessa.

Man får då ånyo gå till *de allmänna förmögenhetsrättsliga principerna* som kommit till uttryck i rättsfallet NJA 2016 s. 1176, men med den justeringen att eftersom det inte längre gäller andel i en gemensam skuld, utan effekten av det interna ansvaret mellan ”*biansvarig*” på culpagrund och ”*huvudansvarig*” på den grund att dessa berikat sig genom brott, och man får då således notera vad HD uttalade i NJA 2016 s. 1176:

”Något annat har inte framkommit än att den eftergift som SevenDay gjorde genom förlikningsavtalet med E.H. ska förstås så att saken var slutreglerad för hennes del, och att hon i fortsättningen inte heller skulle behöva utsättas för regressanspråk från R.H. på grund av att SevenDay krävde honom. Eftersom SevenDay befriade E.H. från skulden på detta sätt, kan bolaget inte längre göra gällande R.H:s ansvar för E.H:s andel av lånet. Efter förlikningen svarade R.H. bara för betalning av sin andel.”

#### **6.5 Har bolagets eftergift betydelse för anspråket mot rådgivaren?**

”*Översatt*” till det här behandlade skadeståndsfallet betyder det att den eftergift som bolaget i realiteten och i formellt hänseende gjorde genom förlikningsavtalet med de styrelseledamöter som berikade sig genom bolagsplundringen att det ”*ska förstås så att saken var slutreglerad för*” deras del och att dessa i fortsättningen inte heller skulle behöva utsättas för regressanspråk från rådgivaren på grund av att bolaget krävde rådgivaren. Eftersom bolaget befriade styrelseledamöterna från ”*skulden*” på detta sätt, kan bolaget inte längre göra gällande ens ett begränsat solidariskt ansvar (kvotansvar) för råd-

givare för skadan i större utsträckning än vad denne har regressrätt för mot styrelseledamöterna. Endast vad rådgivaren haft att svara för efter genomförd regress mot brottslingarna kvarstår då som bolagets rätt mot rådgivaren, *oavsett* hur stort kvotansvar man må anse att rådgivaren har haft att bära mot bolaget. Om, som i detta fall, de styrelseledamöter som berikade sig genom bolagsplundringen hade kunnat regressvis göras ansvariga för *hela* deras kvarstående ansvar mot rådgivaren, kan därför bolaget efter förlikningen inte längre hävda *något* anspråk mot rådgivaren, således inte heller för den kvotandel som bolaget förmodligen hade kunnat göra gällande mot rådgivaren om man istället för att ingå en förlikning med styrelseledamöterna gjort ett anspråk direkt gällande mot rådgivaren (och samtidigt hade lämnat regressen mot styrelseledamöterna fri för rådgivaren). Med andra ord, bolaget får helt enkelt nöja sig med den ersättning man varit nöjd med att uppbära från de huvudansvariga genom förlikningen.

## 6.6 Ytterligare om insolvensrisken

Jag menar, som redan framgått, att man vid den bedömning som jag redogjort för *inte skall tas någon hänsyn till vilka faktiska möjligheter som en rådgivare har haft att faktiskt regressvis få betalt av styrelseledamöterna* sedan denne (hypotetiskt) utgivit sitt jämkade skadestånd (d.v.s. sin kvotandel) till bolaget. Vid sidan av de rättsliga slutsatser jag dragit rörande insolvensriskens placering, vill jag på det praktiska planet konstatera att i ett sådant här fall har bolaget *berövat* rådgivaren på dennes regressrätt mot styrelseledamöterna och även risken för en felbedömning av vad främst de två brottsliga styrelseledamöter i dag kan, eller någon gång i en oviss framtid skulle kunna komma, att betala bör ligga på den förlikande parten, d.v.s. på bolaget. Min viktiga slutsats om insolvensriskens placering bekräftas också nedan av analysen av vilken inverkan principen om den passiva identifikationen har och som naturligtvis tillämpas helt oberoende av styrelseledamöternas faktiska betalformåga.



## 7. Inverkan av s.k. passiv identifikation när det bolagsplundrade bolaget för talan mot rådgivaren med hänsyn till att bolagets styrelseledamöter varit huvudansvariga för bolagets skada

### 7.1 Passiv identifikation

Den skadesituation som här föreligger är emellertid komplicerad på ytterligare ett mycket speciellt sätt, nämligen vad avser *den s.k. passiva identifikation som sker mellan en juridisk person och dess främsta företrädare som just är styrelseledamöter när dessa förorsakat skada och därvid tredje man medverkat till denna*. Vi vänder således blicken från det rent skadeståndsrättsliga perspektivet till ett mer bolagsrättsligt perspektiv och börjar granska ansvarsfrågan utifrån ett helt annat perspektiv och med helt andra rättsregler. Kommer dessa regler leda till samma resultat eller skulle det här kunna vara fråga om att utfallet blir annorlunda? Det är nu den i inledningen till denna uppsats hävdade tesen att valet av rättsregler inte skall kunna ge olika resultat och att behovet att en mångfald rättsliga argumentationsformer inte skall ändra utfallet kommer att prövas.

Vi har här ett fall som innebär att bolaget skall identifieras med de huvudansvariga (liksom för övrigt med synbarligen ”*biansvariga*” två styrelseledamöter) och därmed så är det skadelidande bolaget vad avser förhållandet till rådgivaren, själv ”*skadevållande*” och ansvaret mot rådgivaren skall då behandlas enligt principerna för skadevållarens eget s.k. medvållandeansvar. Principerna om juridiska personers skadeståndsansvar hade störst betydelse före det genom skadeståndslagen år 1972 införda principalansvaret i 3 kap. 1 §. Det blev föremål för en ingående behandling av Hellner i en berömd uppsats<sup>15</sup> och här vilar således ansvaret på en helt annan grund än vid principalansvar. Det senare är ett ansvar för annans oaktsamhet, d.v.s. en form av strikt ansvar. Enligt tämligen klara förarbetsuttalanden till 1972 års skadeståndslag omfattar inte principalansvaret ansvar för t.ex. ett aktiebolags organföreträdare t.ex. styrelseledamöter.

Dessa har ett personligt skadeståndsansvar gentemot såväl bolaget som tredjeman. Emellertid gäller sedan länge principen att *gentemot tredje man identifierar man företrädarna för de högsta beslutsorganen och då främst styrelsen med själva bolaget*. När det gäller t.ex. verkställande direktören så har man att

<sup>15</sup> Se Hellner Juridiska personers skadeståndsansvar i Teori och praxis, Studier i svensk civilrätt. Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, 1964, a.a. s. 122 ff.

skilja mellan denne i egenskap av anställd som utför sysslor som följer med åtaganden enligt anställningen, som t.ex. personalärenden och sådant som rör dennes ställning enligt aktiebolagslagen.

I det förra fallet begränsas VD:ns personliga ansvar till sådana fall då det föreligger *synnerliga skäl enligt 4 kap. 1 § skadeståndslagen* och bolaget har som arbetsgivare för denne, ansvar för skador orsakade av denne i tjänsten, men i det senare fallet har VD:n, dels ett personligt oaktsamhetsansvar gentemot bolaget och dels, vad gäller förhållandet till tredje man där skada orsakats av denne vid utförande av förpliktelser enligt aktiebolagslagen, *ett medvållandeansvar* genom identifikation mellan bolaget och VD:n. Identifikationen mellan ett aktiebolag och dess styrelseledamöter innebär att bolaget bär ett eget oaktsamhetsansvar för deras agerande när man gör gällande skadestånd mot en tredje man som medverkat till bolagets skada.

## 7.2 Skadelidandes medverkan, jämkning och uppdelning av det solidariska ansvaret

I den skadesituation som här kommit i förgrunden gäller frågan främst de två styrelseledamöter som måste ha grovt missbrukat sin ställning och därvid tömt bolaget. En sådan gärning omfattas självfallet av styrelseledamöternas personliga ansvar mot bolaget, men vad gäller frågan om bolagets förhållande till tredje man, d.v.s. rådgivarens agerande som ”*skrivbiträde*” identifieras bolaget med dessa styrelseledamöters vårdslösa agerande. Det betyder att, eftersom dessa genom sitt berikande på brottslig grund är ”*huvudansvariga*” för skadan och rådgivaren som ”*skrivbiträde*” endast är ”*biansvarig*”, skall *principerna om den skadelidandes eget medvållande till sin egen skada tillämpas*.

Hellner uttrycker saken så, att ”*identifikation på skadelidandesidan medför således i praktiken detsamma som att ansvaret delas upp.*”<sup>16</sup> Med andra ord, ”*omvandlas*” det primärt solidariska ansvaret för den ”*biansvarige*” till ett kvotansvar (här, liksom i tidigare exempel på sådan ”*omvandling*”, bär vid tillämpning av reglerna om flera skadevållare de huvudansvariga styrelseledamöterna naturligtvis ett fullt solidariskt ansvar mot bolaget, som omfattar även den begränsade kvotdel av skadan som den ”*biansvarige*” svarar för mot bolaget efter jämkning på grund av medvållande i anledning av passiv identifikation).

<sup>16</sup> Se Hellner, a.a. s. 234.

### 7.3 Kvotansvaret efter jämkning

Vid denna uppdelning i förhållande till bolaget skall även här tillämpas någon form av på skälighetsgrunder baserad kvotfördelning. Man bör nog även då fråga sig vad som gäller när en skadelidande "begår" ett uppsåtligt brott och därmed förorsakar sin förmögenhet en mycket stor minskning vad gäller ansvaret för den "rådgivare" som i egenskap av "skrivbiträde" biträtt den skadelidande, utan att dock själv haft insikt om den brottsliga gärningen eller berikats, men borde ha kunnat inse att det fanns sådana avsikter. Skall i det läget detta "skrivbiträde" bli ansvarig när bolaget genom passiv identifikation förorsakat "sig själv" skadan genom brottslig gärning som inte kan tilläggas "skrivbiträdet"? Skall verkligen någon "uppdelning" ske, eller skall man tillämpa vad jag menar borde gälla i regressen mellan styrelseledamöterna och "skrivbiträdet" nämligen att dem emellan bör styrelseledamöterna bära *hela* ansvaret?

### 7.4 Slutlig fördelning, insolvensrisk och betydelsen av skadelidandens prioritetsordning m.m.

Bengtsson uttrycker saken på följande sätt vad avser den betydelse som identifikationsregeln får för den slutliga fördelningen av ansvaret mellan den skadelidande (A), hans medhjälpare (B) och den skadeståndsskyldige (C):

"Sker identifikation, innebär detta ett delat ansvar; C kan bara krävas på en del av ersättningen, och beträffande resten får den skadelidande A vända sig mot medhjälparen B. A får alltså stå risken för insolvens hos medhjälparen, och om B är skyddad mot skadeståndsanspråk genom särskilda bestämmelser ... får A i regel definitivt bära den del av skadan som B anses ha vållat."<sup>17</sup>

Inte bara frågan om vem som bör stå risken för insolvens talar för identifikation utan Bengtsson finner ytterligare argument som har stor betydelse i sådana här fall. Nämligen att det skall leda till "*väsentligen samma resultat om medvållanderegeln tillämpades eller om uppgörelsen skedde efter reglerna om ansvarsfördelning mellan solidariskt ansvariga.*"<sup>18</sup>

Det skall inte ha någon relevans i vilken ordning som den skadelidande först väljer att framställa sina anspråk. Det skulle ju bl.a. missgynna den som helt säkert har en ansvarsförsäkring eftersom det skulle möjliggöra större

<sup>17</sup> Se Bengtsson, Om jämkning av skadestånd, a.a. s. 151.

<sup>18</sup> Se Bengtsson, a.a. s. 152.

faktisk ersättning. Således oavsett vilken väg som skadelidande väljer – talan mot styrelseledamöter eller mot ”*skrivbiträde*” – så skall ingen av dem *någon* riskera att åläggas ett större ansvar genom det sätt som den skadelidande väljer att föra sin talan i prioritetsordning. Resultatet för den skadelidande och de ansvariga skall i samtliga fall bli detsamma. Detta är en viktig rättslig princip och slutsats och bekräftar den tes som uppställts i denna uppsats.

## 7.5 Ytterligare om förlikning och regressfördelning

När ett skadelidande bolag väljer att ingå en förlikning med de som utsatt bolaget för brottlighet och tömt dess kassa, följer av fullt begripliga skäl att det gäller att av dem återfå så mycket som möjligt och då normalt ingen försäkring skyddar brottslingarna medför detta att bolaget helt frivilligt genom den uppgivna förlikningen begränsar de huvudansvariga kriminella två styrelseledamöternas ansvar till ett visst gemensamt belopp som nu görs gällande mot den ”*biansvarige*”.

Vid regress mellan flera skadevällare skulle enligt mitt förmenande styrelseledamöterna bära hela eller, i vart fall, i det närmaste hela det slutliga ansvaret och samma bör då resultatet bli om bolaget av taktiska eller andra skäl istället väljer att först föra talan mot rådgivaren eller väljer att istället sist föra talan om ett ”*restanspråk*” mot denne. Genom den passiva identifikationen får i så fall bolaget lov att hålla sig till de ”*huvudansvariga*” och rådgivarens ansvar mot bolaget begränsas till relevant kvotandel (om alls något). Inte heller skall risken för insolvens hos de ”*huvudansvariga*” kunna övervältras på den ”*biansvarige*”, utan här leder analysen till att bolaget endast har de begränsade möjligheter att utkräva återstoden från ”*skrivbiträdets*” huvudman som följer av den passiva identifikationen och regressfördelningen. Detta framstår för övrigt inte som orimligt, då ett bolag i denna situation allmänt sett står styrelseledamöterna nära genom det sysslomannaskap som följer av förpliktelserna enligt aktiebolagslagen.

Ett aktiebolag som utsatts för brott av sina styrelseledamöter har naturligtvis att i första hand vända sig mot dessa för att kräva skadestånd. Om den träffade förlikningen skulle ha slutits därför att bolaget gör bedömningen att de kriminella styrelseledamöterna aldrig skulle kunna förmås erlægga större belopp än det varom förlikning träffats, illustrerar detta med all tydlighet betydelsen av principen om s.k. passiv identifikation och vad jag ovan konstaterat bl.a. om insolvensriskens placering. Den passiva identifikationen mellan bolaget och dess styrelseledamöter innebär nämligen att bolaget *ald-*

rig kan öka tredje mans ("skrivbitrådets") ansvar mot bolaget genom taktiska eller andra åtgärder, exempelvis den ordning i vilket krav ställs mot olika solidariskt ansvariga eller förlikningar med vissa av dem. Med andra ord, rådgivarens ansvar skall i alla lägen aldrig överstiga vad som vid beaktande av passiv identifikation mellan bolaget och styrelseledamöterna slutligen bör stanna på en rådgivare i denna situation.

Samma ansvar inträder genom denna princip alltså oavsett om talan först riktas mot "*skrivbitrådets*" huvudman eller om större delen av anspråket riktas mot denne efter en förlikning med de "*huvudansvariga*". Insolvensrisken avseende de "*huvudansvariga*" kan helt enkelt inte av den skadelidande övervältras till den "*biansvarige*" genom sådana åtgärder, taktiska eller slumpmässiga.

## 8. Slutsatser

### 8.1 Inledning

När ett bolag som utsatts för t.ex. en bolagsplundring väljer att rikta sina anspråk mot de som enligt bolagets egen uppfattning är skadeståndsansvariga för den bolagsplundring som vissa styrelseledamöter gjort sig skyldiga till, innebär det att man har att analysera de skadeståndsrättsliga reglerna om (1) primärt solidariskt ansvar för "*flera skadevållare*" (2) reglerna om regressrätt mot de skadeståndsrättsligt huvudansvariga, samt även frågan om inverkan av (3) reglerna om passiv identifikation mellan ett aktiebolag och dess styrelse när talan riktas mot tredje man.

En utgångspunkt som blivit föremål för en ingående prövning i denna uppsats är att taktiska överväganden från den skadelidandes sida varken skall öka eller minska enskild skadevållares ansvar när fråga är om fall av flera skadevållare. Oavsett vilka överväganden kring förlikningar och betalningsförmåga som den skadelidande gör, skall den enskildes ansvar inte påverkas så att slumpmässiga faktorer ökar ansvaret.

När den skadelidande här väljer att ingå en förlikning med de som gjort sig skyldiga till den brottsliga gärningen – de som genom en bolagsplundring direkt eller indirekt berikat sig – och övriga två tidigare styrelseledamöter, får man utgå från att det föreligger rationella överväganden som förklarar det plundrade bolagets beslutsomgångar, inklusive måhända solvensöverväganden. Det kan naturligtvis vara så, att ett sådant bolag bedömt att förutsättningarna att återfå vad som brottslingarna tagit ut ur bolaget begränsas av styrelseledamöternas återbetalningsförmåga (eller återbetalningsvilja respek-

tive praktiska möjligheter att åtkomma deras möjliga tillgångar inom eller utom landet) och det kan då måhända framstå som attraktivt att rikta en talan mot en rådgivare som här förutsätts bära ett principalansvar och dessutom kan antas ha försäkringsskydd som täcker hela bolagets skada. Det är emellertid en tämligen lång uppförbacke för att erhålla skadestånd även om det finns flera osäkerhetsfaktorer att beakta även för rådgivaren.

## 8.2 Adekvat kausalitet och oaktsamhet

Utgår man från de etiska normerna och vad man där synbarligen ansett styrkt i faktahänseende är det nämligen så, att rådgivaren visserligen genom att agera som ”*skrivbiträde*” och därvid upprättat ”*just de handlingar som möjliggjort bolagsplundringen*” detta inte tillgodoser mer än ett moment i skadeståndsrättsligt hänseende, nämligen objektiv adekvans. Det återstår emellertid även för bolaget att visa adekvat kausalitet och oaktsamhet i förhållande till den skada som drabbade detsamma genom bolagsplundringen. Det betyder bl.a. att det plundrade bolaget inte kan nöja sig med vad som upptagits vid en rent etisk bedömning, utan dessutom måste visa att rådgivaren när denne på angivet sätt agerade som ”*skrivbiträde*” borde ha förstått att dennes medverkan möjliggjorde den bolagsplundring som de berörda styrelseledamöterna iscensatte.

## 8.3 Huvudansvar och biansvar

Klarar i detta läge ett bolag som utsatts för bolagsplundring på angivet sätt detta beviskrav, föreligger skadeståndsansvar och vi har alltså ett fall med *flera skadevällare som orsakat en viss skada*. Huvudregeln är då att envar skadevällare är primärt solidariskt ansvarig och att i princip den skadelidande kan rikta sin talan om full betalning gentemot envar skadevällare, oavsett graden av oaktsamhet. Denna huvudregel gäller när samtliga skadevällare varit *oaktsamma*, men saken kommer i ett annat läge när fråga är om att vissa skadevällare gjort sig skyldiga till skada genom uppsåtlig brottslig gärning och andra enbart gjort sig skyldiga till oaktsamhet. Man kan då skilja mellan ”*huvudansvariga*” och ”*biansvariga*.”

## 8.4 Kvotansvar – skäligen bedömt ansvar för biansvariga

Det följer då av 6 kap. 4 § skadeståndslagen att undantag kan göras till det primärt solidariska ansvaret nämligen ”*i den mån ej annat följer av att*

*begränsning gäller i den skadeståndsskyldighet som åvilar någon av dem.*” En sådan möjlighet är att den enskilde skadevållaren i ”*flerskadevållarfallet*” kan få sitt ansvar jämkat på grund av särskilda omständigheter. Här föreligger således möjlighet att tillämpa 6 kap. 2 § skadeståndslagen, d.v.s. *den allmänna skadeståndsrättsliga jämningsregeln* i ett fall när ”*en skadeståndsskyldigs andel i skadevållandet är ringa*”.<sup>19</sup> Man kan då utifrån vad som bedöms vara skäligt, nedsätta ansvaret, vilket då oftast görs till en kvotdel, eller om så bedöms vara mer relevant, nedsätter ansvaret till noll för den som i förhållande till övriga agerande endast varit ringa medverkande.

Relevanskriterierna är här vad som bl.a. i skuldhänseende kan läggas de olika medverkansansvariga till last. Självfallet utgör de två brottsliga styrelseledamöterna som direkt eller indirekt berikat sig genom att affärsupplägget med den till detta kopplade plundringen av bolagets kassa, är de helt dominerande ”*huvudansvariga*,” medan det oaktsamma ”*skrivbitrådet*” som kritiseras, inte för att ha deltagit i upplägget, utan genom att inte ha satt sig närmare in i detsamma endast utgör en ”*biansvarig*” (i detta perspektiv, tillsammans med övriga två styrelseledamöter).

Man skall då först jämkas den ”*biansvariges*” eller de ”*biansvarigas*” ansvar till en kvotandel varefter, när dennes *ansvar har reducerats till en skälig kvotandel*, kommer blott den ”*huvudansvarige*” att svara fullt ut, och den ”*biansvariges*” ansvar blir blott solidariskt upp till det belopp den förre eller de förra är skyldig att betala medan återstoden får då den eller de ”*huvudansvariga*” betala själva. Eftersom det rör sig om en skälighetsbedömning, är det naturligtvis svårt att göra en bedömning av omfattningen av den ”*biansvariges*” ansvar – eller de ”*biansvarigas*” om övriga två styrelseledamöter vägs med – men det vore enligt mitt förmenande anmärkningsvärt om den ”*biansvariges*” eller de ”*biansvarigas*” ansvar skulle i detta fall kunna vara mer än 2/10.

Mycket talar för en lägre kvotandel när de huvudansvariga gjort sig skyldiga till så pass allvarlig ekonomisk brottslighet genom att missbruka sin firmateckningsrätt och möjligen även vilseleda övriga styrelseledamöter. I vart fall borde vid den slutliga regressen den oaktsamme (de oaktsamma) utan insikt i brottsplanerna kunna övervältra ett än större ansvar på brottslingarna. Det vore därvid rimligt att *hela* det kvarvarande beloppet i princip kunde i ett sådant fall övervältras på brottslingarna.

Mellan flera ”*biansvariga*” som alla bär ett vårdslöshetsansvar får ansvaret fördelas efter skälighet, i sista hand efter huvudtalet. Förutsatt att övriga två

<sup>19</sup> Se Hellner. A.a. s. 233 med hänvisningar i not 19.

styrelseledamöter vägs med, torde en rådgivares kvotandel av den angivna *högst möjliga* kvotdelen för de *"biansvariga"* begränsa sig till ett mindre belopp. Men, som sagt, med full regress mot brottslingarna.

### 8.5 Eftergift av huvudansvarigas ansvar – kvotandel

Om nu en förlikning träffas mellan det plundrade bolaget och de *"huvudansvariga"* blir de senare genom bolagets ensidiga förlikning endast begränsat ansvariga. Med stöd av den allmänna förmögensrättsliga principen som kommit till uttryck i NJA 2016 s. 1176 leder det då till följande konsekvenser: den eftergift som bolaget gör genom förlikningsavtalet med de styrelseledamöter som berikade sig genom bolagsplundringen *"ska förstås så att saken var slutreglerad för"* deras del.

Då dessa i fortsättningen inte heller därmed skulle behöva utsättas för regressanspråk från tredje man på grund av att bolaget även kräver rådgivaren, befriar bolaget därigenom styrelseledamöterna från kvarvarande del av skulden. Det medför emellertid att bolaget därmed inte längre kan göra gällande rådgivarens ansvar i större utsträckning än vad denne kan göra gällande mot styrelseledamöterna, eftersom rådgivaren saknar möjlighet att regressvis erhålla något alls från styrelseledamöterna, saknar därigenom bolaget därför rätt mot rådgivaren.

Kom man emellertid fram till att rådgivaren inte helt ut skulle kunna *"regressa"* mot brottslingarna, så kan fortfarande bolaget göra den kvotandel gällande, som bedöms skäligen återstå vad gäller rådgivarens ansvar. Motsvarande gäller naturligtvis övriga två tidigare styrelseledamöter och regressmöjligheten mot dessa.

### 8.6 Passiv identifikation – kvotandel

Slutligen kan dessa bedömningar stämmas av med en helt annan utgångspunkt, nämligen vad som gäller enligt principerna för passiv identifikation när som i detta fall ett aktiebolags styrelseledamöter skadat bolaget och en tredje man medverkat till den skadan. Man tillräknar då bolaget den skuld som de främsta organföreträdarna har i ansvaret för skadan. Det blir då en uppdelning av ansvaret enligt allmänna principer för skadelidandes medverkan.

Resultatet måste emellertid bli detsamma oavsett vilken metod man använder eftersom valet av metod inte skall ge den skadelidande några extra fördelar. Det betyder att samma skälighetsbedömning skall äga rum med beaktande av samma relevansfaktorer. Man skall då fråga sig hur mycket



av den sammanlagda skadan som kan anses skäligt att övervältra på den oaktsamma tredje man och hur mycket som får stanna på den skadelidande genom organföreträdarnas brottsliga beteende.

Som påpekats ovan, innefattar en sådan skälighetsbedömning ytterst en diskretionär prövning av domstolen och även om de faktorer som skall vägas in kan beskrivas, så återstår den ytterst övergripande skälighetsinriktade bedömningen där man har att fråga sig hur mycket den skadelidande får tillräknas och hur mycket rådgivarens slarv skall tillräknas denne. Jag har personligt ansett att detta, vid en proportionering mellan den allvarliga brottsligheten hos ”huvudansvariga” och vårdslösheten hos ”biansvariga”, ligger någonstans mellan noll och en kvotdel, och rådgivarens del av denna kvotdel dessutom vara begränsad med hänsyn till fördelningen mellan denne och övriga två synbart ”biansvariga” tidigare styrelseledamöter.

Utgångspunkten bör här vara den, att då de brottsliga styrelseledamöterna i utgångsläget *bör anses bära hela ansvaret i regressomgången*, detta reflekterar sig i samma verkan av den passiva identifikationen och skadan därmed i sin helhet stanna på bolaget.

## 8.7 Slutord

Jag har ovan med tillämpning av den successiva relevansens princip gått igenom de komplexa rättsfrågor som det plundrade bolagets resta krav mot rådgivaren, efter en förlikning med de fyra tidigare styrelseledamöterna, ger upphov till. Jag har konstaterat, att ansvarsbetingelserna inte är klara, men att jag har valt att utgå från att ansvar i och för sig föreligger för en professionell rådgivare som agerar som ”skrivbiträde”.

Jag har vidare konstaterat, att då vissa av de primärt solidariskt ansvariga ansvarar på grund av brott, och andra på grund av culpa, de senare ”biansvarigas” ansvar mot det plundrade bolaget är begränsat till en kvotandel av den fulla skadan; högst 20 % men troligen i den lägre halvan därav. Den så angivna kvotandelen är emellertid endast hypotetisk då jag funnit att skadan av två skäl ändå bör stanna på bolaget. Jag har nämligen konstaterat att de för skadan huvudansvariga två brottsliga styrelseledamöterna – ur regressvinkel – gentemot ”biansvariga” bär ansvar för hela eller närmast hela skadan, och att min utgångspunkt därvid är att full regressrätt förelegat för rådgivaren mot de brottsliga styrelseledamöterna. Således, då förlikningen inneburit att den regressrätten inte kan göras gällande, följer att bolaget inte kan göra gällande några restanspråk mot rådgivaren.

Jag har också kunnat dra samma slutsats utifrån den passiva identifikationen enligt vilken bolaget ska tillräknas de huvudansvarigas skuld; även utifrån det synsättet bör hela skadan stanna på bolaget. Det är, har jag konstaterat, en viktig rättslig princip och slutsats att den skadelidande inte ska kunna påverka resultatet för de ansvariga (eller för den skadelidande) genom den ordning i vilken ansvaret görs gällande. Med andra ord, det plundrade bolaget får helt enkelt nöja sig med den ersättning man varit tillfreds med att uppbära från de huvudansvariga genom en förlikning.