

# Om intressekonflikter i aktiebolag – särskilt om utnyttjande av bolagets affärsmöjligheter\*

JESSICA ÖSTBERG

## 1. Inledning

Ett av de områden Tore Bråthen har fokuserat på inom ramen för sin forskning är styrelseledamöters plikter och ansvar. De många och betydelsefulla verk han har bidragit med inom detta område har tjänat inte enbart norsk, utan även svensk rätt, tack vare den nordiska rättslikheten på området.<sup>1</sup> En av de frågor han har undersökt närmare är intressekonflikter, däribland jäv. Att intressekonflikter är problematiska ur ett aktieägarskyddsperspektiv är väletablerat inte bara i Norge, utan även i flertalet utländska rättsordningar, däribland Sverige.

En lojalitetsförpliktelse som har kopplingar till intressekonflikter är förbudet att utnyttja bolagets affärsmöjligheter. Läran om affärsmöjligheter, *corporate opportunity doctrine* i amerikansk rätt och *Geschäftschancenlehre* i tysk rätt, är välutvecklad i många rättsordningar och engelsk rätt är ett förbud att utnyttja bolagets affärsmöjligheter till och med reglerat i lag. Då jag gjorde en fördjupad studie om denna lojalitetsförpliktelse inom ramen för min doktorsavhandling, samt med beaktande av Tore Bråthens intresseområde, har jag valt att tillägna Tore Bråthen en övergripande artikel i ämnet.<sup>2</sup> Då för-

\* Har tidigare publicerats i boken *Et selskapsliv – festskrift til Tore Bråthen*, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2024. Artikeln har genomgått peer-review.

<sup>1</sup> Ett antal av Bråthens skrifter har publicerats i antologin *Styrelsemedlem og aksjonær*, Fagbokforlaget, 2 u. 2009.

<sup>2</sup> Artikeln bygger således på avhandlingsprojektet och ett par textavsnitt utgör mer eller mindre omarbetade utdrag ur avhandlingen, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt: särskilt om förbudet att utnyttja affärsmöjligheter*, *Jure* 2016, eller andra publicerade artiklar. Samtidigt har flera referenser uppdaterats och ny praxis från främst Högsta domstolen beaktats avseende bl.a. omsorgsplikten och den kontraktuella lojalitetsplikten.

budet härleds ur den allmänna lojalitetsplikten och har kopplingar till flera särskilda lojalitetsförpliktelser redogörs kort även för den allmänna lojalitetsplikten samt för övriga lojalitetsförpliktelser som är av relevans.<sup>3</sup>

Artikeln är disponerad enligt följande. Under avsnitt 2 redogörs kort för styrelseledamöters uppgifter och ansvar, inklusive bundenheten till bolagets syfte. Vidare berörs kort rättsföljder vid pliktbrott. Därefter beskrivs i avsnitt 3 innebörden av lojalitetsplikten, inklusive de särskilda lojalitetsförpliktelser som är relevanta för undersökningen. Avsnittet inleds med en beskrivning av den allmänna lojalitetsplikten, varefter relevanta särskilda lojalitetsförpliktelser undersöks under separata avsnitt. Under avsnitt 4 lämnas avslutningsvis några sammanfattande kommentarer.

## 2. Allmänt om styrelseledamöters<sup>4</sup> ansvar

### 2.1 Kort om vinstsyftet

Den grundläggande bestämmelsen om styrelsens uppgifter återfinns i 8 kap. 4 § (aktiebolagslagen 2005:551, ”ABL”). Av denna bestämmelse följer att styrelsen ansvarar för organisationen och förvaltningen av bolagets angelägenheter. Till förvaltningen hör all bolagets verksamhet med undantag för vad som enligt lagen tillhör bolagsstämmans exklusiva kompetens.<sup>5</sup> Förvaltningsansvaret är med andra ord mycket vidsträckt. Detta förhållande i kombination med ägarnas begränsade insyn i förvaltningen i främst bolag med spritt ägande aktualiserar det så kallade principal-agent problemet och därmed förenade så kallade agentkostnader.<sup>6</sup> Samtliga beslutande bolagsorgan, således även styrelsen, är dock skyldiga att iakttä bland annat verk-

<sup>3</sup> Se angående terminologin avsnitt 3.1 nedan.

<sup>4</sup> Det som anförs i denna artikel om styrelseledamöter gäller i allt väsentligt även verkställande direktören. Då verkställande direktören är anställd och i praktiken har mer insyn i och ett betydande inflytande över verksamheten är verkställande direktörens ansvar i själva verket normalt mer omfattande än styrelseledamöters ansvar.

<sup>5</sup> Se bl.a. prop. 1997/98:99 s. 204 ff., Sten Andersson m.fl., *Aktiebolagslagen – en kommentar*, Juno version 18, Norstedts Juridik, uppdaterad per april 2023, kommentaren till 8 kap. 4 § p. 2, samt Daniel Stattin, *Företagsstyrning, En studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning*, 2 u., Uppsala universitet 2008, s. 223 ff. Frågan om det finns en oskriven exklusiv stämmokompetens lämnas därhän inom ramen för denna artikel.

<sup>6</sup> Ett tidigt, viktigt verk som behandlar principal-agent teorin är Adolf A. Berle och Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932. Andra betydelsefulla bidrag är Michael C. Jensen och William H. Meckling, *The Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency costs and Ownership*, 3J, *Journal of Financial Economics*, 305, 1976, Frank H. Easterbrook och Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate*

samhetsföremålet och syftet med verksamheten, vilket sätter en viss gräns för beslutsfattandet.<sup>7</sup>

Av 3 kap. 3 § ABL följer att syftet med bolagets verksamhet är att ge vinst till fördelning bland ägarna, om inte annat anges i bolagsordningen.<sup>8</sup> Vinstsyftet infördes i 1944 års aktiebolagslag, men det nämndes redan i förarbetena till 1895 års aktiebolagslag.<sup>9</sup> En ändring av bolagsordningen som innebär en minskning av aktieägarens rätt till vinst kan enligt 7 kap. 43 § p. 1 ABL endast antas om samtliga på stämman närvarande röstar för och dessa företräder nio tiondelar av aktierna i bolaget. Majoritetskravet innebär därmed att det i praktiken är omöjligt att inskränka aktieägares rätt till vinst i noterade bolag, vilket visar hur centralt den svenska lagstiftaren anser att vinstsyftet är.

Vinstsyftet är således väl etablerat och fast förankrat i svensk aktiebolagsrätt och det ligger för övrigt väl i linje med den hierarkiska, ägarorienterade bolagsstyrningsmodellen.<sup>10</sup> Det fungerar som en ledstjärna för de beslutande bolagsorganen och verkar således handlingsdirigerande.<sup>11</sup> I princip innebär det att besluten (långsiktigt) ska syfta till att maximera vinsten och därmed värdet på bolaget.<sup>12</sup> Rent konkret innebär det bland annat att styrelsen och andra beslutande bolagsorgan inte får fatta beslut som innebär att bolaget säljer egendom till ett pris understigande marknadsvärdet, eller åtar sig förpliktelser som inte är affärsmässigt motiverade. Inte heller är det förenligt med vinstsyftet att avstå från affärsmöjligheter till förmån för en eller flera närstående till bolaget. Det finns dock ett visst handlingsutrymme i fråga om

*Law*, Harvard University Press 1991 och Reinier Kraakman m.fl., *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, 3 u., 2017 s. 29 ff.

<sup>7</sup> För en ingående studie av vinstsyftet i aktiebolagslagen se Göran Ohlson, *Vikten av vinst: en studie om syftets betydelse i bolagsstyrning*, Iustus förlag 2012. Se vidare bl.a. Per Samuelsson, *En essä om vinst som värde* i Eva Lindell-Frantz, m.fl. (red.), *Festskrift till Boel Flodgren*, s. 361 ff., Rolf Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen*, SvJT 2015 s. 11 ff., Sten Andersson m.fl., *Aktiebolagslagen – en kommentar*, kommentaren till 3 kap. 3 § och 7 kap. 47 § punkten 5, Knut Rodhe, *Kan minoritetsskyddet i aktiebolagen göras effektivare?* i *Studier i bolags- och krediträtt – skrifter i urval 1944–1989*, Norstedt 1989, s. 300 ff., på s. 300 f. och Jessica Östberg, *Några tankar kring aktiebolagslagens vinstsyfte*, Vänbok till Anders Lagerstedt, Jure 2020, s. 209 ff.

<sup>8</sup> Sådana bestämmelser i bolagsordningen är dock mycket ovanliga, se t.ex. Rolf Skog, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 26 u., Norstedts Juridik 2020, s. 245.

<sup>9</sup> Se prop. 1895:6 s. 117.

<sup>10</sup> Se vidare Östberg, *Några tankar kring aktiebolagslagens vinstsyfte*, s. 214 ff.

<sup>11</sup> Se t.ex. Knut Rodhe, *Medbestämmandelagen och aktiebolagslagen*, SvJT 1977 s. 295 ff. på s. 297 f. och Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen*, SvJT 2015 s. 13.

<sup>12</sup> Se t.ex. Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen*, SvJT 2015 s. 15 och Östberg, *Några tankar kring aktiebolagslagens vinstsyfte*, s. 217 ff.

syftesstridiga åtgärder och beslut såtillvida att endast åtgärder som *uppenbart* strider mot vinstsyftet kan angripas.<sup>13</sup>

## 2.2 Allmänt om styrelseledamöters plikter

Vad beträffar det sätt varpå styrelsen ska utföra sitt uppdrag gäller att styrelseledamöter – vid sidan av den i 8 kap. 4 § andra stycket ABL preciserade *övervakningsplikten* – har en *omsorgsplikt* och en *lojalitetsplikt*.<sup>14</sup>

Den rättsliga grunden för omsorgs- och lojalitetsplikten har diskuterats i doktrinen och anses vanligen vara den syssломannaställning, eller syssломannalikhande ställning, som styrelseledamöterna intar i förhållande till bolaget.<sup>15</sup> Frågan har under senare år behandlats av Högsta domstolen, som i enlighet med förarbetsuttalanden har konstaterat att styrelseledamöterna är syssломän.<sup>16</sup> Syssломän har, till följd av den förtroendefulla ställningen, en långtgående omsorgs- och lojalitetsplikt gentemot sin huvudman (se 18 kap. 1 och 3 §§ handelsbalken (1736:0123 2)).<sup>17</sup> Då uppdraget som syssloman gäller i förhållande till bolaget, gäller styrelseledamöters omsorgs- och lojalitetsplikt enbart mot bolaget och alltså inte direkt mot enskilda aktieägare.<sup>18</sup>

Som framgår skiljer jag mellan lojalitetsplikten och omsorgsplikten i enlighet med terminologibildningen i flera utländska rättsordningar.<sup>19</sup> Omsorgs-

<sup>13</sup> Se t.ex. NJA 1987 s. 394 och Östberg, *Några tankar kring aktiebolagslagens vinstsyfte*, s. 221.

<sup>14</sup> Se bl.a. NJA 2016 s. 962 och NJA 2013 s. 117, som rörde föreningar, Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 151 ff. och s. 319 ff., Stefan Lindskog, *Ideella föreningar i ljuset av den allmänna associationsrätten*, Norstedts Juridik 2023, s. 531, Svernlöv, *Ansvarsfrihet – Dechargeinstitutet i svensk aktiebolagsrätt*, Norstedts Juridik, 3 u. 2022, s. 181 samt Rolf Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 3 u., Wolters Kluwer 2017, s. 142 ff. Att parter i ett kontraktuellt förhållande har en lojalitetsplikt framgår av bl.a. NJA 2021 s. 943 och att detta i synnerhet gäller i långvariga avtalsförhållanden framgår av NJA 2017 s. 203 och NJA 2022 s. 3 och för mellanmän av NJA 2021 s. 943.

<sup>15</sup> Se vidare bl.a. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 129 ff., Svernlöv, *Ansvarsfrihet*, s. 181 f., och Carl Hemström, *Om styrelseledamöters plikt mot bolaget enligt svensk aktiebolagsrätt*, JT 1989–90 s. 91. Annan uppfattning dock Dotevall, som menar att styrelsen intar en ställning *sui generis*, som i mångt och mycket liknar en sysslomans (se Rolf Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör: en aktiebolagsrättslig studie i komparativ behysning*, Norstedts 1989, s. 277).

<sup>16</sup> Se bl.a. NJA 2016 s. 962, NJA 2013 s. 117 och prop. 1975:103 s. 376 ff.

<sup>17</sup> Se vidare t.ex. Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure 2007, s. 305.

<sup>18</sup> Se närmare om denna fråga samt om vissa undantag Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 139 ff.

<sup>19</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 62 och s. 319 ff.

plikten, som är ett vidare begrepp<sup>20</sup>, tar sikte på främst *hur* ett uppdrag utförs, under det att lojalitetsplikten främst tar sikte på *vems intressen* som iakttas. Som framgår nedan finns det, i linje med vad som gäller enligt utländsk rätt, anledning att se särskilt strängt på brott mot lojalitetsplikten.<sup>21</sup> Omsorgsplikten har däremot nära kopplingar till den så kallade *business judgment rule*.<sup>22</sup> Att det finns en svensk *business judgment rule* står klart. Däremot ska noteras att den inte har exakt samma innebörd som den amerikanska regeln, som är en processuell presumptionsregel.<sup>23</sup> Enligt Svernlöv kan en svensk *business judgment rule* formuleras enligt följande:

”En svensk domstol ska inte överpröva ett affärsmässigt beslut som fattats av företagsledningen, såvida inte styrelseledamöterna agerat vårdslöst. Ett affärsmässigt beslut ska inte anses vårdslöst om (1) beslutet är vederbörligen berett, dvs. har fattats på grundval av ett tillfredsställande underlag; (2) att befattningshavaren i förekommande fall handlat i enlighet med nyss nämnda underlag, utifrån de förutsättningar som förelåg vid aktuell tidpunkt; samt att (3) befattningshavaren agerat utan annat intresse i saken än bolagets, i övertygelsen att beslutet skulle gynna bolaget.”<sup>24</sup>

Centralt för omsorgsplikten är således att beslut fattas på grundval av ett tillfredsställande underlag och att en affärsmässig bedömning görs av beslutet med beaktande av främst vinstsyftet.

Vad gäller innebörden av lojalitetsplikten är praxis från högsta instans begränsad i svensk rätt, även om det finns ett par rättsfall som rör generalklausulen i 7 kap. 47 § respektive 8 kap. 41 § ABL samt jävsbestämmelsen i 8 kap. 23 § ABL.<sup>25</sup> Högsta domstolen har vidare uttalat sig om styrelseledamöters omsorgsplikt (som måste anses inbegripa lojalitetsplikten) i rättsfallet NJA 2016 s. 962 samt i ett annat rättsfall konstaterat att det finns en allmän associationsrättslig rättsprincip om lojalitetsplikt för styrelseledamöter i en

<sup>20</sup> Det kan knappast anses omsorgsfullt att agera illojalt.

<sup>21</sup> Se vidare avsnitt 3.1 nedan.

<sup>22</sup> Se t.ex. Carl Svernlöv, *En svensk business judgment rule?* i Jan Andersson, m.fl. (red.), *Vänbok till Anders Lagerstedt, Jure 2020*, s. 193 ff. och Jan Andersson, *Business Judgment Rule (BJR) och ansvarsfrihet i svensk rätt – Behövs både hängslen och livrem?* i Marie Karlsson-Tuula, m.fl. (red.), *Festskrift till Dotevall, Juristförlaget i Lund 2020*, s. 37 ff.

<sup>23</sup> Se vidare de i fotnot 22 angivna källorna.

<sup>24</sup> Se Svernlöv, *En svensk business judgment rule?*, s. 207.

<sup>25</sup> Se för generalklausulen NJA 2000 s. 404 och NJA 2013 s. 1250 samt för jävsbestämmelsen NJA 1981 s. 1117, NJA 1982 s. 1 och NJA 2019 s. 335. Motsvarande gäller för verkställande direktören enligt 8 kap. 34 § ABL.

association.<sup>26</sup> Lojalitetsplikten har vidare behandlats i förarbeten och doktrin samt i underrättspraxis.<sup>27</sup>

Härutöver har Högsta domstolen under senare år behandlat den kontraktuella lojalitetsplikten i ett par rättsfall.<sup>28</sup> Rent allmänt kan konstateras att den kontraktuella lojalitetsplikten är långtgående, vilket särskilt framgår av NJA 2021 s. 943 ”Omsättningsmålet”. Det målet rörde en aktieöverlåtelse med en tilläggsköpeskillning, vars storlek var beroende av omsättningen i det förvärvade bolaget. Köparen vidtog efter förvärvet vissa åtgärder som resulterade i att i princip all omsättning hamnade utanför bolaget, vilket påverkade storleken på tilläggsköpeskillningen. Högsta domstolen konstaterade att förfarandet stred mot lojalitetsplikten och uttalade följande:

”Avtalsförhållandet innebär mot bakgrund av det anförda att en part med omsorg, dvs. *efter bästa förmåga*, ska respektera även de intressen som motparten har till följd av avtalet. Vilka krav som kan ställas på en parts lojalitet måste avgöras efter en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. På vilket sätt och med vilken styrka olika omständigheter påverkar lojalitetspliktens närmare innehåll kan alltså inte anges i en för alla fall gällande princip.

16. I lojalitetsplikten ligger ett krav på att *parterna måste verka för att avtalet genomförs i enlighet med dess villkor*. Utgångspunkten är att en part då måste avhålla sig från att vidta handlingar som medför *risk för att motparten drabbas av skada*. Särskilt gäller detta i situationer där en part har ett *rättsligt, kunskapsmässigt eller ekonomiskt övertag*. Detta hindrar inte att det i vissa situationer får godtas att en part vidtar för parten ekonomiskt rationella dispositioner, även om det kan få vissa negativa effekter för motparten.”<sup>29</sup> (Mina kursiveringar.)

Det kan således konstateras att lojalitetsplikten normalt är förhållandevis långtgående i kontraktuella förhållanden och att den bland annat innefattar en plikt att avhålla sig från åtgärder som innebär *risk* att motparten skadas.

<sup>26</sup> Se NJA 2013 s. 117.

<sup>27</sup> Se särskilt prop. 1975:103 s. 376 f., Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, avsnitt 8.3.2, med hänvisningar till övriga rättskällor i fotnoterna 18 och 19 samt bl.a. Hovrätten för Västra Sverige dom den 16 maj 2019 mål T 2370-18 (särskilt tingsrättens domskäl), Svea hovrätts dom den 22 december 2016 i mål T 1157-15, Varberg tingsrätts dom den 4 maj 2022 i mål T 1536-20, särskilt s. 43 f. I rättsfallet NJA 2017 s. 981 ”Den strukna aktieägaren” nämner Högsta domstolen vidare i punkten 23 att samarbetet inom ett bolag kan ställa krav på viss ömsesidig lojalitet och att det därför kan ankomma på aktieägare att försöka lösa konflikter dem emellan.

<sup>28</sup> Se t.ex. NJA 2017 s. 203, NJA 2017 s. 1195, NJA 2021 s. 943 och NJA 2022 s. 3.

<sup>29</sup> Se NJA 2021 s. 943 p. 15 och 16.

Samtidigt framhålls att en helhetsbedömning måste göras i det enskilda fallet. En mer omfattande lojalitetsplikt bör exempelvis föreligga i långvariga samarbetsförhållanden samt i de fall då avtalsrelationen förutsätter ett stort mått av förtroende, såsom till exempel i syssломannaförhållanden.<sup>30</sup>

I fråga om styrelseledamöters lojalitetsplikt ska framhållas att styrelseledamöterna anses vara syssломän, vilket sålunda talar för en långtgående lojalitetsplikt, samt att styrelsen har en mycket vidsträckt behörighet samt möjlighet till i princip full insyn i bolagets angelägenheter. Det är av stor vikt att ägare som investerar kapital i ett bolag kan utgå ifrån att styrelsen förvaltar bolagets verksamhet och förmögenhet i bolagets intresse, det vill säga ytterst ägarnas vinstintresse, och att inte vare sig styrelsen eller enskilda styrelseledamöter agerar på ett sätt som strider häremot. Förfaranden som strider mot lojalitetsplikten och andra för bolaget skadliga förfaranden riskerar att skada förtroendet hos investerare, vilket kan påverka viljan att investera i företag negativt och därmed i förlängningen skada samhällsekonomin.<sup>31</sup> Det finns således flera faktorer som motiverar en omfattande lojalitetsplikt. Denna slutsats stärks för övrigt av Högsta domstolens praxis under senare år enligt vad som redovisats ovan.

### 2.3 Rättsföljder vid pliktbrott

Beslut som strider mot till exempel generalklausulen i 8 kap. 41 § första stycket ABL eller jävsbestämmelsen i 8 kap. 23 § ABL eller som uppenbart strider mot bolagets intresse får inte verkställas (se 8 kap. 41 § andra stycket ABL).<sup>32</sup> Om beslutet ändå har verkställts är bolaget inte bundet av rätts handlingen gentemot en ond troende tredje man enligt 8 kap. 42 § andra stycket 1 ABL, eftersom det inte är fråga om överträdelse av en så kallad kontraktuell befogenhetsregel.<sup>33</sup> Om bolaget skadas av en åtgärd som strider mot lojalitetsplikten kan skadeståndsansvar gentemot bolaget aktualiseras

<sup>30</sup> Se t.ex. Hans Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995–96 s. 31 ff. och Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 305.

<sup>31</sup> Se SOU 2004:47 s. 75 och s. 85. Förtroendekommissionen konstaterar följande i frågan: ”För våra fortsatta överväganden räcker emellertid konstaterandet att förtroende är en väsentlig förutsättning för god tillväxt och högt välbefinnande. Det har också andra stora värden. Mot denna bakgrund är förtroendefrågan en angelägenhet för hela samhället och inte bara för de grupper som vid olika tillfällen möter ett sviktande förtroende” (s. 85).

<sup>32</sup> Se vidare SOU 1941:9 s. 347, SOU 1971:15 s. 216 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 250 ff. med vidare hänvisningar.

<sup>33</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 435 ff.

enligt 29 kap. 1 § första stycket 1 ABL. Är det fråga om överträdelse av likhetsprincipen eller generalklausulen kan även skadeståndsansvar gentemot enskild aktieägare aktualiseras enligt 29 kap. 1 § första stycket 2 ABL. Det ska framhållas att rekvisitet ”när han eller hon fullgör sitt uppdrag” måste tolkas vidsträckt.<sup>34</sup> Ifråga om brott mot lojalitetsplikten kan noteras att det inte kan tillämpas strikt enligt ordalydelsen<sup>35</sup>, då brott mot lojalitetsplikten, inte minst brott mot tystnadsplikten, konkurrensförbudet och förbudet att utnyttja affärsmöjligheter, ofta sker just vid sidan av uppdraget. Lojalitetsplikten gäller utan tvekan dygnet runt och inte enbart vid styrelsemöten och agerande för bolagets räkning.<sup>36</sup>

Om en åtgärd som strider mot lojalitetsplikten innefattar ett missbruk av förtroendeställningen och bolaget skadas eller drabbas av en beaktansvärd fara för slutlig förlust kan förfarandet vidare utgöra en straffbar handling enligt 10 kap. 5 § Brottsbalken (1962:700) (trolöshet mot huvudman). Det kan vara fråga om såväl ett aktivt handlande som underlåtenhet.<sup>37</sup> Det måste dock vara fråga om just ett missbruk av den särskilda förtroendeställningen.<sup>38</sup> Exempel härpå kan vara överlåtelse av tillgångar till en tredje part till underpris<sup>39</sup>, flagranta befogenhetsöverskridanden<sup>40</sup>, beslut som rör oproportionerliga ersättningar till ledande befattningshavare,<sup>41</sup> ingående av uppdrags- eller anställningsavtal med någon (till exempel en familjemedlem) som saknar erforderliga kvalifikationer<sup>42</sup> samt beslut om utgivande av förmåner som inte är affärsmässigt betingade.<sup>43</sup> Under vissa förutsättningar kan ansvar för trolöshet mot huvudman aktualiseras trots att gärningen har begåtts efter det

<sup>34</sup> Se t.ex. Högsta domstolens rättstillämpning i NJA 1996 s. 224. Det relevanta ansågs där vara att åtgärderna hade vidtagits av revisorn i dennes ”egenskap av revisor” och alltså inte inom ramen för granskningsuppdraget.

<sup>35</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 444 f.

<sup>36</sup> Detta följer naturligen av pliktens karaktär.

<sup>37</sup> Se Madeleine Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman; straffansvar vid förtroendebrott, särskilt i aktiebolag*, Norstedts Juridik 2007, s. 72.

<sup>38</sup> Se t.ex. NJA 1996 s. 152, där Högsta domstolen ogillade åtalet mot en av de åtalade med motiveringen att det inte var fråga om ett bruk av förtroendeställningen.

<sup>39</sup> Se Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman*, s. 89.

<sup>40</sup> Se Agneta Bäcklund m.fl., *Brottsbalken: en kommentar*, Juno version 22 avseende rättsläget per 1 januari 2023, kommentaren till 10 kap. 5 § under rubriken ”Missbruk av förtroendeställning”.

<sup>41</sup> Se Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman*, s. 94 ff.

<sup>42</sup> Se Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman*, s. 97 f.

<sup>43</sup> Se Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman*, s. 98.

att gärningsmannen har avgått från uppdraget. Ett exempel kan vara att en styrelseledamot i denna egenskap har fått kännedom om en affärshemlighet och sedan avslöjar den för en konkurrent efter det att uppdraget har upphört.<sup>44</sup> Ett annat fall av förtroendemisbruk som nämns i lagkommentaren är att gärningsmannen vid sidan av förtroendeställningen bedriver konkurrerande verksamhet.<sup>45</sup> Även brott mot tystnadsplikten kan utgöra förtroendemisbruk.<sup>46</sup>

### 3. Närmare om lojalitetspliktens innebörd

#### 3.1 Den allmänna lojalitetsplikten

Den allmänna lojalitetsplikten för styrelseledamöter i aktiebolag innefattar dels en plikt att fatta beslut och vidta åtgärder som aktivt främjar bolagets intresse, dels en plikt att underlåta att fatta beslut eller vidta åtgärder som gynnar ledamoten eller tredje man på bolagets bekostnad.<sup>47</sup>

Begreppet bolagets intresse har varit föremål för en relativt omfattande diskussion i doktrinen under de senaste årtiondena såväl i Sverige som i andra rättsordningar. Stor enighet råder dock om att bolagets intresse i svensk rätt ska tolkas som *aktieägarnas gemensamma intresse*.<sup>48</sup> Aktieägarintresset definieras sedan något olika av olika författare, men de flesta menar att intresset

<sup>44</sup> Se Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman*, s. 98 och Bäcklund m.fl., *Brottsbalken: en kommentar*, kommentaren till 10 kap. 5 § under rubriken ”Missbruk av förtroendeställning”.

<sup>45</sup> Se Leijonhufvud, *Trolöshet mot huvudman*, s. 98 och Bäcklund m.fl., *Brottsbalken: en kommentar*, kommentaren till 10 kap. 5 § under rubriken ”Missbruk av förtroendeställning”.

<sup>46</sup> Se Andersson m.fl., *Aktiebolagslagen: en kommentar*, kommentaren till 8 kap. 4 §, punkten 8 och Bäcklund m.fl., *Brottsbalken: en kommentar*, kommentaren till 10 kap. 5 § under rubriken ”Missbruk av förtroendeställning”.

<sup>47</sup> Se t.ex. Lars Pehrson, *Styrelseledamots lojalitetsplikt i konsultaktiebolag – vad är den värd?*, JT 1994–95 s. 503 ff. på s. 504, Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 151 ff. med vidare hänvisningar, Svernlöv, *Ansvarsfrihet*, s. 182, Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 313 och Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 142 ff.

<sup>48</sup> Se NJA 1981 s. 1117, NJA 2013 s. 117, prop. 1997/98:99 s. 97 och 195, prop. 1975:1385 s. 375 ff., Hovrätten för nedre Norrlands dom den 17 oktober 2012 i mål T 266-11, Rolf Dotevall, *Aktiebolagsrätt: fördjupning och komparativ belysning*, Norstedts Juridik 2015, s. 281, Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet enligt aktiebolagslagen*, SvJT 2015 s. 11, Svernlöv, *Ansvarsfrihet*, s. 183, Daniel Stattin, *Aktiebolagets funktion*, Iustus förlag 2021, s. 400 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 66. Se även Svensk kod för bolagsstyrning 2020, s. 18, punkten 5.

ska anses utgöra ett vinstintresse.<sup>49</sup> En sådan tolkning är förenlig med det lagstadgade vinstsyftet och synes ändamålsenlig.<sup>50</sup>

En internationell utblick ger vid handen att amerikanska domstolar ser mycket strängt på brott mot lojalitetsplikten. I det berömda rättsfallet *Guth v. Loft*<sup>51</sup> beskrivs lojalitetsplikten sålunda enligt följande:

*”Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests. While technically not trustees, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders. A public policy, existing through the years, and derived from a profound knowledge of human characteristics and motives, has established a rule that demands of a corporate officer or director, peremptorily and inexorably, the most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interests of the corporation committed to his charge, but also to refrain from doing anything that would work injury to the corporation, or to deprive it of profit or advantage which his skill and ability might properly bring to it, or to enable it to make in the reasonable and lawful exercise of its powers. The rule that requires an undivided and unselfish loyalty to the corporation demands that there shall be no conflict between duty and self-interest. The occasions for the determination of honesty, good faith and loyal conduct are many and varied, and no hard and fast rule can be formulated. The standard of loyalty are measured by no fixed scale.”*<sup>52</sup> (Min kursivering.)

*Directors* är således skyldiga att undvika intressekonflikter och att sätta bolagets intresse framför sitt eget.<sup>53</sup> De får inte använda sin position och förtroendefulla ställning för att främja sina privata intressen.<sup>54</sup>

Även i engelsk och tysk rätt är lojalitetsplikten mycket omfattande och i vissa delar lagreglerad. I engelsk rätt regleras lojalitetsplikten främst i Sections 172–175 Companies Act 2006 (”CA 2006”) och i tysk rätt i § 88 (konkur-

<sup>49</sup> Se bl.a. Skog, *Om betydelsen av vinstsyftet enligt aktiebolagslagen*, SvJT 2015 s. 11 ff., Ola Åhman, *Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten: om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt*, Iustus förlag 1997, s. 689, Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 132 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 66 ff.

<sup>50</sup> Denna uppfattning stöds till viss del av ett helt färskt avgörande från Högsta domstolen i mål T 8042-21 p. 56. Se vidare t.ex. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 66 ff.

<sup>51</sup> 23 Del.Ch. 255, 5 A.2d 503.

<sup>52</sup> 23 Del.Ch. 255, 270, 5 A. 2d 503, 510.

<sup>53</sup> Se citatet ovan samt Alan R. Palmiter och Frank Partnoy, *Corporations – A Contemporary Approach*, 2 u., Thomson Reuters 2014, s. 607 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 108 ff.

<sup>54</sup> Se Palmiter och Partnoy, *Corporations – A Contemporary Approach*, s. 607 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 108 ff.

rensförbudet) och § 93 (omsorgsplikten och tystnadsplikten) i Aktiengesetz. Det finns också i såväl engelsk som tysk rätt en förhållandevis rikhaltig diskussion i doktrinen och även praxis som befäster lojalitetsplikten.<sup>55</sup> I finsk rätt finns det en lagreglerad allmän plikt att iaktta bolagets intresse i 1 kap. 8 § finska aktiebolagslagen och i norsk och dansk rätt har lojalitetsplikten utvecklats och befästs i praxis och doktrin, utöver de lagbestämmelser som finns rörande jäv och den så kallade generalklausulen.<sup>56</sup>

Den så kallade generalklausulen i 8 kap. 41 § första stycket ABL samt jävsbestämmelsen i 8 kap. 23 § ABL kan anses härledda ur och i viss mån konkretisera den allmänna lojalitetsplikten. Dessa lagregler reglerar dock inte uttömmande lojalitetsplikten. Vid sidan av lagreglerna kan den allmänna principen om lojalitetsplikt tillämpas.<sup>57</sup> Enligt den systematik som har utvecklats närmare i min doktorsavhandling härleds ur denna allmänna lojalitetsplikt ett antal *särskilda lojalitetsförpliktelser*, nämligen:

- i. ett förbud att otillbörligen motta eller utnyttja förmåner eller andra fördelar i anledning av uppdraget,
- ii. en skyldighet att undvika och informera om intressekonflikter,
- iii. ett konkurrensförbud,
- iv. ett förbud att utnyttja affärsmöjligheter som tillkommer bolaget,
- v. en lydnessplikt,
- vi. en upplysningsplikt, och
- vii. en tystnadsplikt.<sup>58</sup>

I det följande behandlas kort de lojalitetsförpliktelser som är av särskild betydelse vid intressekonflikter, inklusive utnyttjande av bolagets affärsmöjligheter.

<sup>55</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, för engelsk rätt s. 114 ff. och för tysk rätt, s. 117 ff.

<sup>56</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 102 ff.

<sup>57</sup> Se om tillämpning av allmänna principer vid sidan av lagregler bl.a. Anders Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*, Linköpings universitet 2004, s. 199 ff. och Märten Schultz, *Hur skapas en allmän rättsprincip? Exemplet obehörig vinst*, Stefan Lindskog m.fl. (red.) Festskrift till Jan Kleineman, Jure 2021, s. 758.

<sup>58</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 145 ff. och numera även Svernlöv, *Ansvarsfrihet*, s. 182. Även Dotevall anser att specifika plikter kan härledas ur lojalitetsplikten, se t.ex. *Aktiebolagsrätt*, s. 286.

### 3.2 Upplysningsplikten och tystnadsplikten

Enligt flera utländska rättsordningar följer av omsorgs- och lojalitetsplikten att styrelseledamöter har en upplysningsplikt gentemot bolaget eller aktieägarna.<sup>59</sup> En skyldighet föreligger ofta att informera om bland annat egna och andras pliktbrott och om hot mot verksamheten, inklusive risk för skada.<sup>60</sup>

I svensk rätt har Högsta domstolen under senare år bekräftat att den kontraktuella lojalitetsplikten kan omfatta en upplysningsplikt.<sup>61</sup> I enlighet härmed samt i likhet med vad som gäller för bland annat kommissionärer och agenter bör även lojalitetsplikten för styrelseledamöter innefatta en upplysningsplikt gentemot bolaget.<sup>62</sup> När det gäller den närmare omfattningen av upplysningsplikten får en avvägning göras mellan bolagets intresse av att få del av informationen och styrelseledamotens berättigade intresse av att informationen inte delges bolaget. Härvid bör gälla att bolagets intresse normalt väger tungt, eftersom det kan vara av stor betydelse för bolaget att det får del av information som styrelseledamöter har tillgång till. Angående upplysningspliktens närmare omfattning bör, med beaktande av vad som nu anförts, följande kunna konstateras.

Upplysningsplikten bör normalt omfatta en skyldighet att informera om olika verksamhetsrisker, andra förhållanden som kan innebära risk för skada

<sup>59</sup> Se t.ex. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 110 f. med vidare hänvisningar.

<sup>60</sup> Se t.ex. *Item Software (UK) Ltd v Fassihi* [2005] 2 BCLC 91, CA., *British Midland Tool Ltd v Midland International Tooling Ltd* [2003] 2 BCLC 523 och Mark Arnold och Marcus Haywood, *Duty to promote the success of the company* i Simon Mortimore (red.), *Company Directors – duties, liabilities and remedies*, s. 263 och Paul L. Davies m.fl., *Gower Principles of Modern Company Law*, 11 u., Thomson Reuters 2021, s. 283 f. För tysk rätt, se Gerald Spindler, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 6 u., C.H. Beck 2023, § 93, Rn 137. För dansk rätt se U 1981.973 H och Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret*, 15 u. Djøf förlag 2021, s. 378 f.

<sup>61</sup> Se NJA 2017 s. 203 och NJA 2022 s. 3 samt Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 154 och Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995–96 s. 31 ff. på s. 33.

<sup>62</sup> Samma uppfattning Håkan Nial, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 4 u., Norstedts Juridik 1988, s. 117. Nial anför där: ”I många fall, särskilt när den löpande förvaltningen ombesörjs av VD, arbetsutskott, jourhavande ledamot eller liknande, blir styrelseledamöternas funktioner huvudsakligen deltagande i styrelsesammanträdena. Men styrelseledamot är skyldig att agera även mellan sammanträdena, om han upptäcker något förhållande av sådan betydelse att åtgärder från styrelsens sida är påkallade. Han kan då informera styrelsens ordförande, eventuellt begagna sin rätt enligt 8:8 ABL att påfordra styrelsens sammankallande.”

och olika typer av missförhållanden i bolaget.<sup>63</sup> I enlighet med det anförda bör en styrelseledamot vara skyldig att informera bolaget om oegentligheter eller pliktbrott som har begåtts av till exempel styrelseledamoten själv, en annan styrelseledamot eller den verkställande direktören.<sup>64</sup> Härtill bör upplysningsplikten omfatta eventuella intressekonflikter, eftersom dessa typiskt sett innebär risk att bolagets intresse inte tillgodoses i erforderlig utsträckning. I linje härmed bör styrelseledamoten vara skyldig att informera om uppdrag i konkurrerande bolag som kan innebära en intressekonflikt. Upplysningskyldigheten bör i vart fall anses fullgjord om tillfredsställande information lämnats till en beslutför (icke-jävig) styrelse. Normalt bör det dock räcka att upplysningar lämnas till styrelseordföranden, som sedan får säkerställa att styrelsen informeras.<sup>65</sup>

I såväl de nordiska rättsordningarna som tysk, engelsk och amerikansk rätt har styrelseledamöter vidare en tystnadsplikt.<sup>66</sup> Tystnadsplikten följer av omsorgs- och lojalitetsplikten, men är lagstadgad och till och med straffsanktionerad i dansk och tysk rätt.<sup>67</sup> Enligt bland annat amerikansk och engelsk rätt gäller att bolagets information inte heller får utnyttjas av *directors*.<sup>68</sup>

I aktiebolagslagen saknas det en särskild lagreglering om styrelseledamöters tystnadsplikt. Trots avsaknaden härav står det alldeles klart att styrelseledamöter har en tystnadsplikt.<sup>69</sup> Tystnadsplikten följer av det förtroende- fulla syssломannaförhållandet.<sup>70</sup> Det förhållandet att styrelseledamöterna har en tystnadsplikt kan för övrigt också sägas framgå indirekt av regleringen i 7 kap. 32–35 §§ ABL. Enligt dessa bestämmelser gäller i korthet att styrelsens skyldighet att lämna upplysningar på bolagsstämma endast omfattar

<sup>63</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 267 ff. Samma uppfattning Nicander, *Lojalitet före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995–96 s. 31 ff. på s. 33.

<sup>64</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 267 ff. Motsvarande gäller enligt engelsk rätt enligt rättsfallet *GHLM Trading Ltd v Maroo* [2012] EWHC 61 (Ch.). Se även *Shepherds Investments Ltd v Walters* [2007] 1 BCLC 202.

<sup>65</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 269.

<sup>66</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 270 ff.

<sup>67</sup> Se för dansk rätt §§ 132 och 367 Selskabsloven och för tysk rätt § 404 Aktiengesetz.

<sup>68</sup> Se för engelsk rätt Section 175 (2) CA 2006.

<sup>69</sup> Se bl.a. prop. 1972:116 s. 34, prop. 1975:103 s. 377, SOU 2004:75 s. 84, Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, s. 315 och densamme i *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 187, Andersson m.fl., *Aktiebolagslagen: en kommentar*, kommentaren till 8 kap. 4 §, punkten 8, Svernlöv, *Ansvarsfrihet*, s. 182 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 274.

<sup>70</sup> Se t.ex. prop. 1975:103 s. 377, Nicander, *Lojalitet före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995–96 s. 31 ff. på s. 33 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 274.

vissa typer av frågor och endast upplysningar som kan lämnas utan väsentlig olägenhet för bolaget.

Tystnadspliktens närmare innebörd och omfattning bör bedömas mot bakgrund av den förtroendefulla ställningen och den därmed förknippade skyldigheten att iaktta bolagets intresse.<sup>71</sup> Som utgångspunkt gäller följaktligen att tystnadsplikten omfattar alla uppgifter och förhållanden som riskerar att skada bolaget vid ett utnyttjande eller avslöjande för tredje man.<sup>72</sup>

### 3.3 Förbudet att otillbörligen utnyttja förmåner och andra fördelar

Ett förbud mot att motta eller utnyttja förmåner eller andra fördelar i anledning av uppdraget återfinns i såväl norsk<sup>73</sup>, som dansk<sup>74</sup>, amerikansk<sup>75</sup>, engelsk<sup>76</sup> och tysk<sup>77</sup> rätt.

Kobbernagel har uttryckt följande i frågan:

”Lederstillingens karakter af Tillidsverv paalægger i særlig Grad Lederne at iagttage en strengt korrekt Holdning i alle Tilfælde, hvor Deres Stilling giver dem Mulighed for at opnaa Fordele paa Selskabets Bekostning. Dette gælder ikke blot de Situationer hvor der foreligger en egentlig Interesse-kollision...men i det hele enhver Situation, hvor en Leder i Kraft av sin Stilling kan opnaa en Fordel, der

<sup>71</sup> I lagkommentaren anges att tystnadsplikten omfattar uppgifter och förhållanden som *kan skada bolaget om de blir offentliga*, se Andersson m.fl., *Aktiebolagslagen: en kommentar*, kommentaren till 8 kap. 4 §, punkten 8 och prop. 1993/94:48 s. 38 f. I prop. 1975:103 (s. 377) anges på motsvarande sätt att tystnadsplikten omfattar: ”angelägenheter och förhållanden vilkas yppande kan medföra skada för bolaget.” Se även Nicander, *Lojalitet före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995–96 s. 31 ff. på s. 36 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 274 ff.

<sup>72</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 274 ff.

<sup>73</sup> Se bl.a. Kristin Normann [Aarum], *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, Ad Notam Gyldendal 1994, s. 350 f.

<sup>74</sup> Se bl.a. Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* s. 337 och 507. Krüger Andersen hänvisar på sistnämnda sida till bl.a. rättsfallen U 1989.812 H, U 1966.39 VL, U 1929.183 ØL, U 1932.488 H, U 1917.557 SH och U 1921.156 H.

<sup>75</sup> Se bl.a. American Jurisprudence, Corporations § 1480 fotnoterna 2 och 3 med följd hänvisningar samt § 1483; Palmiter och Partnoy, *Corporations: a contemporary approach* s. 613 och Oberly v. Kirby, Del. Supr., 592 A.2d 445 (1991).

<sup>76</sup> Se Arnold och Haywood, *Duty to avoid conflicts of interest* i Mortimore (red.), *Company directors – duties, liabilities and remedies* s. 322, Davies m.fl., *Gower Principles of Modern Company Law* s. 590 och rättsfallet Regal Hastings v Gulliver [1942] 1 All E.R. 378; [1967] 2 A.C. 134n.

<sup>77</sup> Se t.ex. Holger Fleischer, *Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht*, WM 22 s. 1046 ff. på s. 1050.

rettelig burde tilfalde Selskabet. Der stilles til Lederne et Krav om kvalificeret Hæderlighed, i Lighed med hvad man f.eks. kræver af Sagførere.”<sup>78</sup>

Även i svensk rätt kan ett sådant förbud härledas ur lojalitetsplikten. Styrelseledamöterna får inte fatta beslut eller vidta åtgärder som strider mot bolagets intresse. Det kan inte anses förenligt med denna allmänna plikt att en styrelseledamot otillbörligen mottar eller utnyttjar förmåner eller andra fördelar i anledning av uppdraget. Många gånger är ett sådant förfarande till direkt nackdel för bolaget, men redan *riskan* att bolagets intresse inte tillgodoses i erforderlig utsträckning motiverar ett sådant förbud. I vissa fall kan det också finnas en risk att en interessekonflikt uppstår. Huruvida det i ett visst fall finns en risk att bolagets intresse inte iaktas i erforderlig utsträckning får bedömas i varje enskilt fall. Förbudet omfattar normalt inte enbart mottagande av förmåner eller fördelar för egen räkning, utan även utverkande av förmåner eller fördelar för tredje mans räkning.

Generalklausulen i 8 kap. 41 § första stycket ABL har kopplingar till detta förbud, men den träffar rättshandlingar och åtgärder som företas av styrelsen eller ställföreträdare, inte enskilda styrelseledamöter. Enskilda styrelseledamöter som inte är firmatecknare träffas däremot av förbudet att otillbörligen utnyttja förmåner eller andra fördelar i anledning av uppdraget. En annan skillnad är att generalklausulen skyddar inte enbart bolaget, utan även enskilda aktieägare.<sup>79</sup>

### 3.4 Skyldigheten att undvika interessekonflikter

Att interessekonflikter kan vara problematiska ur ett lojalitetspliktsperspektiv är vedertaget internationellt.<sup>80</sup> I engelsk rätt regleras skyldigheten att undvika interessekonflikter i Section 175 (1) CA 2006. Bestämmelsens första stycke lyder:

<sup>78</sup> Se Jan Kobbernagel, *Ledelse og Ansvar. En Undersøgelse af Bestyrelsens og Direktionens Ansvar over for Aktieselskabet og dets Kreditorer*. Einar Harcks Forlag 1945, s. 215.

<sup>79</sup> Se lagtexten samt Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 73.

<sup>80</sup> Se t.ex. Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/828 om ändring av direktiv 2007/36/EG vad gäller uppmuntrande av aktieägares långsiktiga engagemang skäl 42 och Lucas Enriques, *The Law on Company Directors' Self-dealing: A Comparative Analysis*, International and Comparative Corporate Law Journal, Vol. 2, No. 3, 2000, s. 297 ff. samt densamme i *Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)*, European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 267/2014. Se även prop. 2018/19:56 s. 84 ff.

”(1)A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.”

I norsk rätt regleras intressekonflikter i § 6-27 aksjeloven respektive allmen-naksjeloven. Bestämmelsen lyder:

”(1) Et styremedlem må ikke delta i behandlingen eller avgjørelsen av spørsmål som har slik særlig betydning for egen del eller for noen nærstående at medlemmet må anses for å ha fremtredende personlig eller økonomisk særinteresse i saken. Det samme gjelder for daglig leder.”

Som framgår av bestämmelsen är den vittgående och omfattar alla *frågor* (inte som i svensk rätt enbart avtal och rättegång) som kan involvera en intressekonflikt av viss betydelse.<sup>81</sup>

Intressekonflikter regleras i aktiebolagslagen främst genom jävsbestäm-melsen i 8 kap. 23 § ABL.<sup>82</sup> Ett viktigt syfte med bestämmelsen är att för-hindra ett åsidosättande av bolagets intresse.<sup>83</sup> I de fall som omfattas av jävs-bestämmelsen anses sålunda risken typiskt sett stor att ledamoten inte förmår tillvarata bolagets intresse på bästa sätt. Jäv påverkar frågan om styrelsens beslutförhet enligt 8 kap. 21 § första stycket 2 ABL. Av bestämmelsen följer att jäviga styrelseledamöter ska räknas som frånvarande vid prövningen av beslutförheten.

Som framgår av jävsbestämmelsens ordalydelse är den, till skillnad från den norska bestämmelsen, avgränsad till att röra handläggning av fråga om *avtal* samt *rättegång och annan talan* (se 8 kap. 23 § första och tredje styckena

<sup>81</sup> Frågor om jäv enligt norsk rätt har behandlats av Bråthen, se bl.a. *Styremedlemmers inhabilitet*, Magma Econas tidskrift for økonomi og ledelse, nr 3/1999 samt *Styremedlem og aksjonær*.

<sup>82</sup> Bestämmelsens första stycke lyder: ”En styrelseledamot får inte handlägga en fråga om 1. avtal mellan styrelseledamoten och bolaget, 2. avtal mellan bolaget och en tredje man, om styrelseledamoten i frågan har ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets, eller 3. avtal mellan bolaget och en juridisk person som styrelseledamoten ensam eller tillsammans med någon annan får företräda.” Bestämmelsen innehåller undantag, se 8 kap. 23 § andra stycket ABL. Jävsbestämmelsen, som inte behandlas mer ingående inom ramen för denna artikel, har behandlats av bl.a. Svante Johansson och Lars Pehrson, *Om styrelsejäv*, JT 1992–93 s. 417 ff., Dotevall, *Aktiebolagsrätt*, s. 294 ff., Niklas Arvidsson och Per Samuelsson, *Styrelsejäv i aktiebolag*, Karlsson-Tuula, m.fl., (red.), Festskrift till Rolf Dotevall, s. 69 ff. och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 168 ff. Se även rättsfallen NJA 1981 s. 1117, NJA 1982 s. 1 samt NJA 2019 s. 335 (som i och för sig rörde en stiftelse).

<sup>83</sup> Se t.ex. NJA 1981 s. 1117.

ABL). Fråga uppkommer då vad som gäller i fall som inte omfattas av jävsbestämmelsen. Närmare bestämt är frågan om jävsbestämmelsen bör anses uteslutande reglera frågan om intressekonflikter, innebärande att det är ”fritt fram” i fall som inte omfattas av den. Enligt min mening kan så inte vara fallet. Lojalitetsplikten utgör som framgår ovan en allmän associationsrättslig princip som kan tillämpas vid sidan av lagens bestämmelser.<sup>84</sup> Det förhållandet att styrelseledamöter är skyldiga att iaktta bolagets intresse innebär som nämnts att de inte får främja andras intressen på bolagets bekostnad eller agera på ett sätt som strider mot bolagets intresse. En intressekonflikt av viss tyngd<sup>85</sup> innebär typiskt sett att det föreligger risk att inte bolagets intresse tillgodoses i erforderlig utsträckning. Mot bakgrund härav bör utgångspunkten vara att en allmän skyldighet att undvika intressekonflikter av viss tyngd föreligger vid sidan av jävsbestämmelsen.<sup>86</sup>

Frågan är då vilka specifika fall som typiskt sett bör omfattas av den nu diskuterade plikten. Mot bakgrund av att frågor rörande avtal och rättegång omfattas av den uttryckliga jävsbestämmelsen kan konstateras att det exempelvis kan röra sig om en åtgärd eller förslag till åtgärd som vidtas i form av ett stämмо- eller styrelsebeslut. Det skulle till exempel kunna vara fråga om att starta egen produktion av en viss vara som tidigare köpts in från ett bolag, som delägs av styrelseledamoten eller en närstående till styrelseledamoten. Ett annat exempel kan vara beslut om utvidgning av verksamheten till att omfatta ett närliggande område, inom vilket styrelseledamoten har direkta eller indirekta konkurrerande engagemang av viss betydelse. Det skulle också kunna vara fråga om ingivande av en konkursansökan, eller annan ansökan

<sup>84</sup> I norsk rätt konstaterade Høyesterett nyligen att den bolagsrättsliga lojalitetsplikten gäller vid sidan av lagens bestämmelser och att majoritetsaktieägare följaktligen har en lojalitetsplikt som gäller vid sidan av generalklausulen (se HR-2020-1947.A). Se även prop. 1975:103 s. 378 och Johansson och Pehrson, *Om styrelsejäv*, JT 1992–93 s. 417 ff. på s. 418 och 428. Betydelsen av allmänna associationsrättsliga principer betonas även av Stefan Lindskog i det senaste verket, *Ideella föreningar i ljuset av den allmänna associationsrätten*.

<sup>85</sup> Helt obetydliga intressekonflikter bör inte vara problematiska. Det avgörande är att intressekonflikten är av sådant slag att det finns risk att styrelseledamoten inte tillgodoser bolagets intresse i erforderlig utsträckning.

<sup>86</sup> Att styrelseledamöter i en association har en allmän lojalitetsplikt som *bl.a.* manifesteras genom jävsbestämmelsen och generalklausulen har också bekräftats i praxis, se NJA 2013 s. 117. Se även prop. 1975:103 s. 378 f., Johansson och Pehrson, *Om styrelsejäv*, JT 1992–93 s. 417 ff. på s. 418 och 428 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 189 ff. med hänvisningar i fotnot 188, jfr dock Erik Nerep m.fl., *Aktiebolagslag (2005:551)*, 29 kap. 1 § Lexino 2021-09-01, punkten 2.2.5.

inför myndighet. Det behöver inte nödvändigtvis vara fråga om ett ekonomiskt intresse, utan även personliga intressen bör vara relevanta. Ett exempel är som tidigare nämnts fall då styrelsen ska fatta beslut om eventuell polis-anmälan av styrelseledamoten eller en närstående.

Vid intressekonflikter som *inte* omfattas av jävsbestämmelsen gäller att styrelseledamoten inte kan förklaras jävig med verkan att vederbörande inte har *rätt* att närvara vid styrelsemötet eller delta i handläggningen av frågan. Vidare påverkas inte beslutförhållningen om en ledamot med en intressekonflikt deltar i ett beslut. I fråga om sådana intressekonflikter bör istället gälla att främst skadeståndsansvar kan aktualiseras om bolaget lider ekonomisk skada. Den styrelseledamot som omfattas av intressekonflikten bör därför om möjligt se till att frågan handläggs av övriga ledamöter alternativt av bolagsstämman om flera ledamöter omfattas av intressekonflikten samt att vederbörande inte själv befattar sig med ärendet.<sup>87</sup> Om det av någon anledning ändå är viktigt eller önskvärt att styrelseledamoten handlägger frågan för bolagets räkning bör åtgärder vidtas för att säkerställa att beslutet eller rätts-handlingen är förenlig med bolagets intresse, till exempel genom inhämtande av *fairness opinions* eller andra typer av utlåtanden. Har en styrelseledamot deltagit i behandlingen av ett ärende, trots förekomsten av en intressekonflikt, bör en *omvänd bevisbörda* tillämpas på så sätt att styrelseledamoten har att visa att bolagets intresse har tillgodosetts i erforderlig utsträckning. Kan detta inte visas bör ett pliktbrott anses föreligga.<sup>88</sup>

Utöver vad som anförts ovan bör gälla att styrelseledamoten, till följd av upplysningsplikten, är skyldig att informera styrelsen om föreliggande eller potentiella intressekonflikter (inklusive jäv).

### 3.5 Konkurrensförbudet

Ett uttryckligt konkurrensförbud för ledamöter av *Vorstand* finns i tysk rätt i § 88 Aktiengesetz. Förbudet är mycket långtgående och omfattar mer än konkurrerande verksamhet, vilket har sin förklaring i att ledamöterna av *Vorstand* normalt är heltidsanställda. I amerikansk rätt ser regleringen något olika ut i olika delstater. Överlag kan dock sägas att en ledande befattningshavare är förhindrad att engagera sig i konkurrerande verksamhet om det inte

<sup>87</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 193 f.

<sup>88</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 193 f.

sker i *good faith*.<sup>89</sup> Huruvida engagemanget sker i good faith eller inte avgörs genom en helhetsbedömning av omständigheterna i det specifika fallet.<sup>90</sup> Huvudregeln enligt *American Law Institute Principles of Corporate Governance* § 5.06 är att befattningshavaren inte tillåts att bedriva konkurrerande verksamhet med det egna bolaget. Med konkurrerande verksamhet avses, utöver konkurrens om kunder, även konkurrens om leverantörer, anställda samt övriga affärstillgångar. Det finns vissa undantag från förbudet. Dessa kan dock endast aktualiseras om befattningshavaren har informerat bolaget om engagemanget i den konkurrerande verksamheten och det däri presumtivt motstridiga intresset. Har korrekt information lämnats kan styrelsen eller aktieägarna godkänna engagemanget i den konkurrerande verksamheten. Undantag kan också föreligga om den konkurrerande verksamheten inte kan antas innebära att bolaget lider skada på grund därav.<sup>91</sup>

I engelsk rätt saknas ett uttryckligt konkurrensförbud i CA 2006. Där emot finns den ovan angivna generella skyldighet att undvika intressekonflikter i Section 175 (1). I Section 172 finns också en allmän förpliktelse att ”*promote the success of the company...*”. I den mån ett engagemang i en konkurrerande verksamhet innebär en intressekonflikt eller kan skada bolaget, eller är oförenligt med bestämmelsen i Section 172 eller 175 CA 2006 är det alltså otillåtet även enligt engelsk rätt.<sup>92</sup>

Fråga om konkurrerande verksamhet enligt svensk rätt kan följande konstateras. Ur plikten att främja bolagets intresse och att inte sätta sitt eget eller annans intresse framför bolagets härleds enligt vad som utvecklats i föregående avsnitt en skyldighet att undvika intressekonflikter. Engagemang i bolag som bedriver konkurrerande verksamhet innebär ofta att en intressekonflikt uppstår eller kan uppstå och en risk att bolagets intresse inte tillvaratas. I vart fall konkurrerande verksamhet som kan vara *till nackdel för bolaget* står sålunda i strid mot lojalitetsplikten. Denna uppfattning stöds av bland andra Dotevall, Sandström och Johansson och är i huvudsak förenlig med lojalitetsplikten för syssломän och kommissionärer.<sup>93</sup> Den är också förenlig

<sup>89</sup> Se Östberg, *Om konkurrensförbudet för styrelseledamöter*, s. 1240 f. med vidare hänvisningar och Fletcher Cyc. Corp., Revised volume 14, 2021, § 856.

<sup>90</sup> Se Östberg, *Om konkurrensförbudet för styrelseledamöter*, s. 1241 med vidare hänvisningar och Fletcher Cyc. Corp., Revised volume 14, 2021, § 856.

<sup>91</sup> Se Östberg, *Om konkurrensförbudet för styrelseledamöter*, s. 1241 med vidare hänvisningar.

<sup>92</sup> Se t.ex. Davies, m.fl., *Gower Principles of Modern Company Law*, s. 336 och Östberg, *Om konkurrensförbudet för styrelseledamöter*, s. 1242 med vidare hänvisningar.

<sup>93</sup> Se Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 162 ff. och densamme i *Aktiebolagsrätt*, s. 308, Svante Johansson, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 12 u., Norstedts Juridik

med rättsläget i flera utländska rättsordningar.<sup>94</sup> Det saknas dock prejudikat i frågan i svensk rätt, med undantag för rättsfallet *NJA 1994 s. 236*, vilket dock har ett begränsat prejudikatvärde. Rättsfallet rörde frågan om uppstart av konkurrerande patentkonsultverksamhet. Majoriteten ansåg i det fallet att en delägare, tillika styrelseledamot, inte var förhindrad att flytta personliga patentuppdrag till ett annat, nystartat bolag. Fallet är dock särpräglad, då det involverar förhållanden i en familjetvist och frågan var just om konsultuppdrag som var starkt knutna till personen. Högsta domstolen konstaterade att bolaget, mot bakgrund av de särskilda förhållandena i målet, inte kunde anses ha ett rättsförhållande med kunderna. Istället ansågs delägaren självt vara ansvarig gentemot kunderna. Ur ett lojalitetspliktsperspektiv ska således beaktas att majoriteten inte behandlade kärnfrågan i målet, nämligen frågan om styrelseledamöters skyldighet att iaktta bolagets intresse. Minoriteten uttalade däremot:

”Som ledamöter i patentbolagets styrelse har B.v.R., A.v.R-P. och H.P. haft att i sitt handlande för bolaget främja bolagets intresse; detta följer av den syssломannaställning som styrelseledamöterna såsom organ för bolaget får anses inta i förhållande till bolaget (se prop. 1975:103 s. 376–377). De har mot C.v.R.s påståenden jämte annat invänt att de har ansett att uppdragen inte kunde betrak-

2018, s. 142. Johansson uttalar följande angående konkurrensförbudet: ”Förtroendeförhållandet mellan associationen och styrelseledamöterna innebär i regel att en styrelseledamot inte får personligen eller genom företag där han har avsevärt intresse och inflytande, driva en verksamhet som genom konkurrens skadar associationen.” Se även Claes Bergström och Per Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 6 u., Norstedts Juridik 2021, s. 116 f. Lindskog konstaterar, såvitt gäller bolagsman i handelsbolag, att det saknas en generell skyldighet att avhålla sig från med bolaget konkurrerande verksamhet. Istället anser han att omständigheterna i det enskilda fallet måste vara bestämmande. Han konstaterar att främst två förhållanden är av stor betydelse vid denna bedömning: bolagsmannens ställning i bolaget och verksamhetsföremålet. När det gäller ställningen i bolaget menar Lindskog att en kommanditdelägare (och såvitt får förstås handelsbolagsdelägare) utan förvaltningsrätt normalt inte bör vara förhindrad att konkurrera med bolaget. Om bolagsmannen däremot har tillerkänts (eller såvitt gäller handelsbolagsdelägare har) förvaltningsrätt bör bolagsmannens plikter vara att jämställa med en uppdragstagare, se Stefan Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag: en kommentar*, 3 u., Norstedts Juridik 2019, s. 83. Taxell menar att styrelsemedlemmens lojalitet mot bolaget förutsätter återhållsamhet i fråga om verksamhet som konkurrerar med bolagets. Han konstaterar att detta *i princip* inte hindrar en ledamot från att bedriva likartad verksamhet eller att tillhöra ledningen av ett konkurrerande företag, men att en *in casu*-bedömning måste göras, varvid man får utgå ifrån skyldigheten att iaktta bolagets intresse, se Lars-Erik, Taxell, *Aktiebolagets organisation*, Åbo 1983, s. 60. Se vidare Östberg, *Om konkurrensförbudet för styrelseledamöter*, s. 1244 ff.

<sup>94</sup> Se ovan samt Östberg, *Om konkurrensförbudet för styrelseledamöter*, s. 1240 ff.

tas som bolagets egendom och att B.v.R. personligen ägde förfoga över dem, och A.v.R.-P. och H.P. har invänt att de därför inte kunde göra annat än att följa B.v.R.s önskan att uppdragen inte längre skulle handläggas i bolaget. Bedömningen att B.v.R. i förhållande till patentbolaget ägde ensam förfoga över uppdragen är emellertid enligt vår mening inte riktig; som framgår av det tidigare anförda har uppdragen inte utan vidare kunnat överlåtas från bolaget.<sup>95</sup>

Utgången i målet har kritiserats av Pehrson, som anser att minoritetens bedömning står i bättre överensstämmelse med gällande rätt.<sup>96</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att styrelseledamöter i ett svenskt aktiebolag är underkastade ett konkurrensförbud av innebörd att engagemang i konkurrerande verksamhet som riskerar att skada bolaget strider mot lojalitetsplikten.

### 3.6 Förbudet att utnyttja bolagets affärsmöjligheter

Vad gäller utnyttjande av bolagets affärsmöjligheter finns det i amerikansk rätt en särskilt utvecklad doktrin benämnd ”*the corporate opportunity doctrine*”.<sup>97</sup> Bedömningsgrunderna skiljer sig åt något mellan delstaterna, men generellt gäller en förhållandevis strikt syn på *directors'* utnyttjande av bolagets affärsmöjligheter i linje med vad som gäller brott mot lojalitetsplikten överlag. Frågan behandlades bland annat i det tidigare nämnda rättsfallet *Guth v. Loft*, som rörde ett förvärv av Pepsi Colas verksamhet. I rättsfallet *Burg v. Horn*, konstaterade domstolen vidare att en *director* inte får köpa en fastighet som hyrs av bolaget, eller ta med sig bolagets befintliga kunder, eller köpa egendom som bolaget behöver, eller har fattat beslut om att förvärva, eller vilken bolaget planerar att förvärva.<sup>98</sup> Vidare konstaterades att en *director* inte heller får utnyttja ett erbjudande som har lämnats till bolaget, eller dra fördel av information som har förvärvats inom ramen för uppdraget.<sup>99</sup>

I engelsk rätt regleras förbudet att utnyttja affärsmöjligheter uttryckligen i Section 175 (2) CA 2006, som i väsentliga delar lyder enligt följande:

<sup>95</sup> Se NJA 1994 s. 236 på s. 251 f.

<sup>96</sup> Se Pehrson, *Styrelseledamöts lojalitetsplikt i konsultaktiebolag – vad är den värd?*, JT 1994–95, s. 503 ff.

<sup>97</sup> Se för en förhållandevis färsk, komparativ studie Martin Gelter och Geneviève Helle- ringer, *Corporate opportunities in the US and in the UK: how differences in enforcement explain differences in substantive fiduciary duties*, i Gordon Smith och Andrew S. Gold (red.), *Research Handbook on Fiduciary Law*, Edward Elgar 2018, s. 331 ff.

<sup>98</sup> Se *Burg v. Horn*, 380 F.2d 897 (2d Cir. 1967).

<sup>99</sup> Se *Burg v. Horn*, 380 F.2d 897 (2d Cir. 1967), 900.

”(1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.

(2) This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity).”

Av lagstadgandet följer att synen på förbudet att utnyttja affärsmöjligheter är mycket strikt.<sup>100</sup> Motsvarande gäller enligt praxis. Ett tidigt, intressant rättsfall som behandlar förbudet att utnyttja affärsmöjligheter är *Cooks v Deeks*.<sup>101</sup> Lord Buckmaster uttalade i fallet:

”It is quite right to point out the importance of rules as to directors’ duties which would impose upon them burdens so heavy and responsibilities so great that men of good position would hesitate to accept the office. But, on the other hand, men who assume the complete control of a company’s business must remember that they are not at liberty to sacrifice the interests which they are bound to protect, and, while ostensibly acting for the company, divert in their own favour business which should properly belong to the company they represent.”<sup>102</sup>

En mycket strikt syn på förbudet framkommer även i rättsfallen *Bhullar v Bhullar*, *Regal Hastings v Gulliver*, *Wilkinson v West Coast Capital*<sup>103</sup> och *O’Donnell v Shanahan*<sup>104</sup>. Enligt det sistnämnda rättsfallet följer att i princip samtliga vinstbringande affärsmöjligheter tillkommer bolaget, oavsett om de omfattas av bolagets verksamhetsområde eller ej.

I tysk rätt är förbudet att utnyttja affärsmöjligheter väl etablerat enligt den så kallade *Geschäftschancenlehre*, även om synen på förbudet inte är fullt lika strikt i tysk rätt som i engelsk rätt.<sup>105</sup>

Stor enighet råder om att det även i svensk rätt finns ett förbud för styrelseledamöter i ett aktiebolag att utnyttja affärsmöjligheter som omfattas av

<sup>100</sup> Se vidare Davies m.fl., *Gower Principles of Modern Company Law*, s. 325 ff.

<sup>101</sup> *Cook v Deeks* [1916] 1 AC 554, PC.

<sup>102</sup> Se *Cook v Deeks* [1916] 1 AC 554, PC, 563.

<sup>103</sup> *Wilkinson v West Coast Capital* [2005] EWHC 3009 (Ch).

<sup>104</sup> *O’Donnell v Shanahan* [2009] EWCA Civ 751.

<sup>105</sup> Se BGH NJW 1986, 584, BGH WM 1967, 679 och BGH NZG 2013, 216. För en omfattande komparativ studie av *Geschäftschancenlehre* se Johannes Weisser, *Corporate Opportunities. Zum Schutz der Geschäftschancen des Unternehmens im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Köln 1991. Se även t.ex. Holger Fleischer, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, NZG 2003 s. 985 ff. och Hannu Merkt, *Unternehmensleitung und Interessenkollision*, ZGR 159 (1995), s. 423 ff.

eller ligger nära bolagets verksamhetsområde.<sup>106</sup> Förbudet härleds ur den allmänna lojalitetsplikten och kan sägas ha kopplingar till såväl förbudet att otillbörligen utnyttja förmåner eller andra fördelar på bolagets bekostnad, som skyldigheten att undvika intressekonflikter.<sup>107</sup> Praxis på området saknas dock i princip helt i svensk rätt, med undantag från några fall från AD.<sup>108</sup> Ett intressant arbetsrättsligt rättsfall är *AD 2003 nr 84*. I det fallet hade arbetstagaren fått i uppdrag att förhandla ett köp av aktier i ett bolag, som bedrev verksamhet i samma bransch som det bolag, där arbetstagaren var anställd. Istället för att försöka förvärva aktierna åt bolaget köpte arbetstagaren emellertid själv aktiemajoriteten i bolaget. Arbetsgivaren gick därmed miste om den vinst som skulle ha uppkommit vid ett samgående. Domstolen kom fram till att arbetstagaren hade agerat *i hög grad illojalt*, då denne under sin anställning förberett konkurrerande verksamhet genom att för egen räkning förvärva ett bolag i samma bransch – ett bolag som dessutom arbetsgivaren själv hade för avsikt att förvärva. I fallet bestod affärsmöjligheten av ett bolag som bedrev verksamhet inom samma verksamhetsområde som bolaget. Kundkretsen var delvis densamma och bolaget hade uttryckt ett intresse för affärsmöjligheten, eftersom arbetstagaren hade fått i uppdrag att försöka förvärva det konkurrerande bolaget för bolagets räkning.

Det är framför allt två grundläggande frågor<sup>109</sup> som behöver undersökas närmare i anledning av förbudet att utnyttja affärsmöjligheter:

- i. Vilka affärsmöjligheter ska anses tillkomma bolaget?
- ii. Under vilka förutsättningar, om några, kan en styrelseledamot ha rätt att utnyttja en affärsmöjlighet som tillkommer bolaget?

<sup>106</sup> Se t.ex. Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 165 ff., Jan Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 7 u. 2020, s. 147, Svernlöv, *Ansvarsfrihet*, s. 183 f., Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, s. 116 f., Lindskog, *Ideella föreningar i ljuset av den allmänna associationsrätten*, s. 464 och s. 531 och Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 377 ff.

<sup>107</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 377 ff.

<sup>108</sup> Rättsfallet NJA 1994 s. 236 rörde som nämnts mycket speciella förhållanden och har kritiserats starkt i doktrinen, se bl.a. Pehrson, *Lojalitetsplikt i konsultaktiebolag – vad är den värd?* I JT 1994–95 s. 503 ff. Frågan om utnyttjande av affärsmöjligheter berördes kort i skiljedom meddelad den 2 oktober 2008 mellan Skandia Liv och Försäkringsaktiebolaget Skandia s. 133 ff.

<sup>109</sup> Förbudet väcker ett stort antal intressanta frågor som det inte finns utrymme att behandla inom ramen för denna artikel, se för en utförlig diskussion Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 329 ff.

När det gäller den första frågan är de flesta i svensk rätt överens om att det råder ett förbud att utnyttja affärsmöjligheter som omfattas av bolagets verksamhetsområde.<sup>110</sup> Jag har dock utvecklat en egen teori, som i viss mån skiljer sig från den gängse uppfattningen.<sup>111</sup> I korthet går den ut på att jag gör en åtskillnad mellan vad jag kallar arbetande och icke-arbetande styrelseledamöter.<sup>112</sup> Arbetande styrelseledamöter, varmed menas styrelseledamöter som är hel- eller deltidsengagerade i bolaget, såsom till exempel en arbetande styrelseordförande, får inte utnyttja några affärsmöjligheter som omfattas av bolagets verksamhetsområde, under det att icke-arbetande styrelseledamöter normalt endast är förhindrade att utnyttja vad jag kallar alla *konkreta affärsmöjligheter* samt härutöver affärsmöjligheter som omfattas av verksamhetsområdet, förutsatt att ledamoten har fått kännedom om affärsmöjligheten inom ramen för uppdraget. Konkreta affärsmöjligheter föreligger till exempel om (i) avtalsförhandlingar har inletts, (ii) ett erbjudande om en affär har riktats till bolaget eller (iii) bolaget har beslutat att förvärva eller utnyttja viss affärsmöjlighet.<sup>113</sup>

Det är inte alldeles klart hur verksamhetsområdet ska definieras. Dotevall menar att det är bolagsordningens verksamhetsföremål som ska vara styrande, men anser att planerad verksamhet kan omfattas även om den ligger utanför verksamhetsföremålet.<sup>114</sup> Stattin menar å ena sidan att ”den faktiska tolkningen av ett bolags verksamhetsföremål” bör vara vägledande. Å andra sidan konstaterar han i omedelbar anslutning härtill att sådan verksamhet som ligger inom eller i linje med den verksamhet som bolaget faktiskt utövar inte får utnyttjas av styrelseledamot eller verkställande direktör.<sup>115</sup>

I tysk rätt synes den faktiska verksamheten (och närliggande sådan) vara styrande.<sup>116</sup> Härutöver kan en affärsmöjlighet även anses tillkomma ett bolag i kraft av en konkret förväntan såsom till exempel vid pågående avtalsför-

<sup>110</sup> Se bl.a. Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar* s. 166 och Stattin, *Företagsstyrning*, s. 364. Jag har för egen del utvecklat en egen, något modifierad, lära och en bedömningsmodell, se *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 378 ff. och s. 429.

<sup>111</sup> Svernlöv har bekräftat att han instämmer i min uppfattning, se *Ansvarsfrihet*, s. 183 f.

<sup>112</sup> Se vidare Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 395 ff.

<sup>113</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 385 ff.

<sup>114</sup> Se *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 178 och 184.

<sup>115</sup> Se härtill Stattin, *Företagsstyrning*, s. 364. Bergström och Samuelsson förespråkar en helhetsbedömning, se *Aktiebolagets grundproblem*, s. 116 f.

<sup>116</sup> Se t.ex. Fleischer, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre* i NZG 2003 s. 987 ff.

handlingar, eller om ett konkret erbjudande har lämnats till exempelvis en verkställande direktör.<sup>117</sup>

Även i de flesta amerikanska delstater synes motsvarande uppfattning gälla. I amerikansk rätt har för övrigt ett par olika tester utarbetats, vilka ibland kan användas vid fastställandet av om en affärsmöjlighet tillkommer bolaget eller ej, däribland det så kallade *line of business test*, *fairness test* och *the Miller two step test*.<sup>118</sup> Under de senaste åren har dock domstolarna i vissa delstater gått mot att göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter när frågan om utnyttjande av affärsmöjligheter avgörs.<sup>119</sup> När det gäller *line of business test* återopas ofta ekonomisk effektivitet till stöd för en koppling till såväl den faktiskt bedrivna verksamheten som till närliggande verksamhet.<sup>120</sup>

Enligt vad jag har utvecklat närmare i min doktorsavhandling bör den faktiskt bedrivna verksamheten, inklusive närliggande verksamhet, som utgångspunkt vara styrande i svensk rätt.<sup>121</sup> Utan att här analysera frågan närmare kan jag också konstatera att i likhet med tysk och amerikansk rätt bör även andra kriterier kunna tillmätas betydelse vid en bedömning av vilka affärsmöjligheter som ska anses tillkomma ett bolag och då främst (i) inledda avtalsförhandlingar, (ii) det förhållandet att ett erbjudande om en affär riktats till bolaget, (iii) bolaget har beslutat att förvärva viss affärsmöjlighet eller (iii) utvecklande av affärsmöjligheter med utnyttjande av bolagets personal eller tillgångar.<sup>122</sup>

Vad avser den andra frågan, det vill säga frågan under vilka förutsättningar, om några, en styrelseledamot ändå kan ha rätt att för egen räkning utnyttja en affärsmöjlighet som tillkommer bolaget, kan i korthet följande konstateras.<sup>123</sup> Ett bolag kan medge att en styrelseledamot får utnyttja viss affärsmöjlighet, eller besluta att avstå från ett utnyttjande av affärsmöjligheten. Ett beslut om medgivande eller avstående bör enligt min mening kunna fattas av styrelsen, eftersom det är styrelsen som är ansvarig för för-

<sup>117</sup> Se t.ex. Fleischer, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, NZG 2003 s. 986.

<sup>118</sup> Se t.ex. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 345 ff.

<sup>119</sup> Se t.ex. Cellular Information Systems, Inc. v. Broz, 663 A.2d. 148, 155 [1996].

<sup>120</sup> Se David J. Brown, *When Opportunity Kocks: An analysis of the Brudney & Clark and ALI Principles of corporate governance proposals for deciding corporate opportunity claims*, 11 J. Corp. L. 255 1985–1986 s. 258.

<sup>121</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 388 ff.

<sup>122</sup> Se härtill Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 385 ff. och Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, s. 165.

<sup>123</sup> Se t.ex. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 416 ff. med vidare hänvisningar.

valtningen av verksamheten och därmed för beslut angående huruvida viss affärsmöjlighet ska utnyttjas. Naturligtvis måste dock ett sådant beslut fattas på grundval av ett tillfredsställande underlag och med tanke på bolagets bästa. Beslutet får därmed inte stå i strid mot bolagets intresse, vilket innebär att det för bolaget måste vara affärsmässigt motiverat. Skulle det stå i strid mot bolagets intresse kan det bara lämnas med samtycke av alla aktieägare och eventuellt med beaktande av värdeöverföringsreglerna i 17 kap. ABL, även om sistnämnda fråga får betraktas som något oklar.<sup>124</sup>

Ett krav som ställs i utländsk rätt för att ett medgivande ska vara giltigt är att det har lämnats på grundval av fullständig information.<sup>125</sup> Överhuvudtaget uppställs i amerikansk och engelsk rätt ett krav på att en befattningshavare informerar bolaget om affärsmöjligheter. Om inte fullständig information har lämnats, föreligger således ett brott mot lojalitetsplikten.<sup>126</sup> Vidare gäller att ett samtycke måste lämnas av *disinterested directors* för att vara giltigt.

Även i svensk rätt bör ett krav för medgivande vara att det har lämnats fullständig information om affärsmöjligheten i fråga och att det har lämnats av personer som inte är jäviga. Upplysningsplikten bör för övrigt innebära att ett pliktbrott kan föreligga redan om inte bolaget har fått tillfredsställande information om en affärsmöjlighet som tillkommer bolaget.

Fråga uppkommer sedan om det kan finnas andra situationer då en styrelseledamot kan ha rätt att utnyttja en affärsmöjlighet som tillkommer bolaget. Ett argument som har prövats i utländsk praxis är att bolaget ändå inte hade haft ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten ifråga.<sup>127</sup> På senare tid har bärligheten i detta argument satts ifråga. Det har nämligen på goda grunder ansetts medföra risk för att inte befattningshavaren ifråga vidtar erforderliga ansträngningar för att försöka lösa den finansiella frågan för bolagets räkning. I tysk och engelsk rätt står det numera alldeles klart att detta inte är ett godtagbart argument.<sup>128</sup> I tysk rätt måste dessutom bolagsstämmans samtycke inhämtas innan en affärsmöjlighet utnyttjas i dessa fall.

Mot bakgrund av de argument som framgår i föregående stycke är det min uppfattning att det aktuella argumentet om bristande ekonomiska

<sup>124</sup> Se t.ex. Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 426 ff. med vidare hänvisningar.

<sup>125</sup> Se t.ex. för tysk rätts del Fleischer, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, NZG 2003 s. 989.

<sup>126</sup> Se 677 N.E. 2d 159, 181 [1997].

<sup>127</sup> Se t.ex. det ovan nämnda rättsfallet *Guth v. Loft*.

<sup>128</sup> Se t.ex. Fleischer, *Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre*, NZG 2003 s. 988 och CA 2006 Section 175 (2).

resurser som utgångspunkt inte bör godtas.<sup>129</sup> Endast om det står alldeles klart att bolaget inte kan anskaffa kapital för att utnyttja affärsmöjligheten kan invändningen godtas. Motsvarande gäller för invändningar som tar sikte på exempelvis bristande personella resurser eller bristande tillstånd. Enbart om styrelseledamoten kan bevisa att vederbörande har vidtagit tillfredsställande åtgärder för att försöka lösa hindret för bolaget, men detta inte visade sig vara möjligt, kan således invändningen godtas.

Förbudet omfattar alla bolagets affärsmöjligheter som ledamoten har fått kännedom om under uppdragstiden. En styrelseledamot får därmed inte utnyttja sådana affärsmöjligheter efter uppdragets upphörande.<sup>130</sup>

Utöver skadestånd och eventuellt straffansvar har det i doktrinen framförts att ett utnyttjande av bolagets affärsmöjligheter kan utgöra en förtäckt, olaglig värdeöverföring, som kan föranleda återbäringsplikt och bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 6 och 7 §§ ABL.<sup>131</sup> En annan rättsföljd som möjligen kan aktualiseras är återgång enligt läran om obehörig vinst, även om rättsläget får betraktas som oklart i denna del.<sup>132</sup>

Mot bakgrund av vad som har anförts ovan samt närmare utvecklats i min avhandling kan följande bedömningsmodell uppställas för svensk rätts del vad gäller förbudet att utnyttja affärsmöjligheter.<sup>133</sup>

### 1. Är det fråga om en affärsmöjlighet som tillkommer bolaget?

A. Föreligger en konkret förväntan? Har till exempel en affärsförbindelse diskuterats, beslutats eller planerats eller redan inletts genom ett anbud, avtalsförhandlingar eller andra kontakter mellan bolagsföreträdare?

Eller

B. Ligger affärsmöjligheten inom bolagets existerande eller förväntade verksamhetsområde, eller ett närliggande sådant, eller avser det en tillgång eller rättighet som kan användas i verksamheten? För arbetande styrelseledamöter bör förbudet vara strikt och oberoende av hur ledamoten har fått

<sup>129</sup> Jfr Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, s. 116 f.

<sup>130</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 412 ff.

<sup>131</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 323 ff. med vidare hänvisningar och s. 426 ff.

<sup>132</sup> Se Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, s. 455 ff.

<sup>133</sup> Tanken med bedömningsmodellen är att den kan användas som ett hjälpmedel vid bedömningen av om ett brott mot förbudet att utnyttja affärsmöjligheter har begåtts. Det ska dock beaktas att det är fråga om en riktlinje och att förhållandena i ett enskilt fall kan vara sådana att en avvikelse från schemat är motiverad.

kännedom om affärsmöjligheten. För övriga styrelseledamöter bör affärsmöjligheter under denna punkt B anses tillkomma bolaget endast om styrelseledamoten har fått kännedom om affärsmöjligheten i anledning av uppdraget.

Följande invändningar kan undantagsvis godtas:

- i. Erbjudandet har riktats specifikt till styrelseledamoten av till exempel en familjemedlem eller en mycket god vän, eller på grund av dennes särskilda kompetens.
- ii. Det föreligger ett hinder (till exempel ett legalt eller finansiellt) som uppenbarligen inte under några omständigheter kan undanröjas.

Bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som framgår av (i) eller (ii) bör åvila styrelseledamoten.

Om det konstateras att det är fråga om en affärsmöjlighet som tillkommer bolaget – gå vidare till fråga 2.

Om det istället konstateras att affärsmöjligheten inte tillkommer bolaget kan ledamoten ha rätt att utnyttja affärsmöjligheten, såvida inte ett utnyttjande strider mot konkurrensförbudet eller eljest en intressekonflikt uppstår.

2. *Har ledamoten informerat bolaget om affärsmöjligheten?*

3. Om inte kan ett pliktbrott föreligga.

4. Om tillfredsställande information har lämnats – gå vidare till steg 3.

5. *Har bolaget beslutat att utnyttja affärsmöjligheten?*

6. Om bolaget har beslutat att utnyttja affärsmöjligheten får ledamoten inte utnyttja den.

7. Om bolaget har beslutat att inte utnyttja den får ledamoten utnyttja den, varvid dock ska beaktas att eventuella intressekonflikter naturligtvis måste undvikas framgent. Styrelsen kan fatta beslutet förutsatt att det är fråga om ett affärsmässigt grundat beslut som har fattats av en icke-jävig styrelse och på grundval av ett tillfredsställande underlag. Om styrelseledamoten gynnas av beslutet till nackdel för bolaget krävs samtycke av samtliga aktieägare.

#### 4. Sammanfattande kommentarer

Som framgår ovan har Högsta domstolen under senare år befast lojalitetsplikten i kontraktuella förhållanden. Avtalsparter har enligt Högsta domsto-

len en omsorgsplikt<sup>134</sup>, som innefattar en plikt att efter bästa förmåga respektera även motpartens intressen. Utgångspunkten är vidare att en part måste avstå från att vidta åtgärder som medför ”risk för att motparten drabbas av skada” och detta gäller särskilt i situationer ”där en part har ett rättsligt, kunskapsmässigt eller ekonomiskt övertag”.<sup>135</sup> Det har också bekräftats att parter i kontraktuella förhållanden kan ha en upplysningsplikt.

Det står också alldeles klart att styrelseledamöter i aktiebolag har en omfattande lojalitetsplikt, till följd av ställningen som bolagets syssloman, en ställning som ställer mycket stora krav på förtroende. Av utländsk rätt framgår följdriktigt, enligt vad som redovisats ovan, en mycket sträng syn på styrelseledamöters lojalitetsplikt.

Lojalitetsplikten för styrelseledamöter omfattar en allmän lojalitetsplikt, innefattande en skyldighet att främja bolagets intresse och att inte gynna sitt eget eller annans intresse på bolagets bekostnad. Begreppet bolagets intresse tolkas i svensk rätt i enlighet med bolagets syfte, vilket som utgångspunkt är ett vinstsyfte enligt 3 kap. 3 § ABL. Ifråga om vinstsyftet ska för övrigt noteras att det i svensk rätt binder samtliga beslutande bolagsorgan, även bolagsstämman.

Ur den allmänna lojalitetsplikten kan härledas ett antal särskilda lojalitetsförpliktelser, däribland en upplysningsplikt, en tystnadsplikt, ett förbud att otillbörligen tillskansa sig fördelar eller andra förmåner på bolagets bekostnad, en skyldighet att undvika intressekonflikter, ett förbud att engagera sig i konkurrerande verksamhet om det kan vara till nackdel för bolaget, och ett förbud att utnyttja bolagets affärsmöjligheter. De två sistnämnda lojalitetsförpliktelserna har en stark koppling till främst skyldigheten att undvika intressekonflikter. Det ska också noteras att en överlappning kan förekomma och att ett förfarande kan strida mot flera lojalitetsförpliktelser.

I fråga om förbudet att utnyttja affärsmöjligheter råder viss oklarhet beträffande vilka affärsmöjligheter som ska anses tillkomma bolaget. Den härskande uppfattningen i doktrinen är att affärsmöjligheter som omfattas av bolagets verksamhetsområde tillkommer bolaget. Sannolikt är den faktiskt bedrivna verksamheten relevant. Så kallade konkreta affärsmöjligheter bör också tillkomma bolaget. Enligt min uppfattning kan det finnas skäl att skilja på så kallade arbetande och icke-arbetande styrelseledamöter, där icke-arbetande styrelseledamöter har ett något mindre strängt förbud, som

<sup>134</sup> Som framgår ovan är omsorgsplikten ett vidare begrepp som omfattar en lojalitetsplikt.

<sup>135</sup> Se NJA 2021 s. 943 p. 15–16.

endast omfattar alla konkreta affärsmöjligheter samt sådana affärsmöjligheter som omfattas av verksamhetsområdet som ledamoten har fått kännedom om inom ramen för uppdraget. Medgivande för en styrelseledamot att utnyttja viss affärsmöjlighet eller avstående från affärsmöjligheter kan beslutas av styrelsen, men beslutet måste ligga i bolagets intresse och fattas på grundval av ett tillfredsställande underlag och av en icke-jävig styrelse. Invändning från styrelseledamotens sida av innebörd att bolaget hade bristande finansiella resurser etc. bör som utgångspunkt inte godtas. Förbudet omfattar alla bolagets affärsmöjligheter som ledamoten har fått kännedom om under uppdragstiden. En styrelseledamot får således inte utnyttja sådana affärsmöjligheter efter uppdragets upphörande.

Som framgår ovan innefattar lojalitetsplikten även ett konkurrensförbud av innebörd att konkurrerande uppdrag eller engagemang som strider mot bolagets intresse, eller med andra ord som kan vara till nackdel för bolaget, ska undvikas. Lojalitetsförpliktelser som kan aktualiseras och bli problematiska vid konkurrerande uppdrag är styrelseledamotens upplysningsplikt respektive tystnadsplikt. En person som till exempel är styrelseledamot i två eller flera konkurrerande bolag kan ha svårt att i praktiken hålla isär till vilket bolag viss information som styrelseledamoten har fått hör. Det finns onekligen en risk att vederbörande i vart fall oavsiktligt begår brott mot tystnadsplikten. Dessutom har vederbörande en upplysningsplikt gentemot båda bolagen. Upplysningsplikten innebär bland annat en skyldighet att upplysa om intressekonflikter, om engagemang i konkurrerande bolag och om affärsmöjligheter som tillkommer bolaget. Vad gäller konkurrensförbudet är därmed en viktig och ofta problematisk fråga hur en person som är styrelseledamot i konkurrerande bolag ska agera just om en affärsmöjlighet uppdragas, vilken med fördel kan utnyttjas i båda bolagen. Fråga uppkommer då vilket bolag styrelseledamoten ska ”erbjuda” affärsmöjligheten? Kan den vara till fördel för båda bolagen hamnar styrelseledamoten onekligen i ett ”moment 22”, i den mån inte affärsmöjligheten erbjuds båda bolagen. Mot bakgrund av ovanstående bör stor försiktighet iakttas ifråga om engagemang i konkurrerande bolag.

De sanktioner som kan aktualiseras vid brott mot lojalitetsplikten kan bli mycket kännbara för styrelseledamoten. Framför allt kan skadeståndsansvar aktualiseras under vissa förutsättningar. I vissa allvarligare fall kan dock även straffansvar komma ifråga, förutsatt att det har varit fråga om ett uppsåtligt missbruk av förtroendeställningen, vilket har medfört i vart fall beaktansvärd fara för slutlig förlust. Mot bakgrund härav, samt med beak-

tande av den rikhaltiga praxis som förekommer i utländsk rätt, vore fler klagörande fall från högsta instans önskvärda. Som anförts i avhandlingen kan det också finnas skäl att se över den svenska lagstiftningen i vissa delar, inte minst med beaktande av lagens informativa funktion. Två angelägna förslag vore att lagreglera tystnadsplikten för styrelseledamöter och verkställande direktören samt att ändra jävsbestämmelsen i enlighet med den norska jävsbestämmelsen, som är mer heltäckande och ändamålsenligt utformad. Att svenska utredningar kan ta inspiration från norsk rätt framgår inte minst av SOU 2023:34, Bolag och brott – några åtgärder mot oseriösa företag, där ett förslag till revidering av kapitalbristregelverket, som är tydligt inspirerat av norsk rätt, lades fram.<sup>136</sup> Däremot kan noteras att den svenska lagstiftaren för närvarande har många angelägna frågor på sitt bord och att lojalitetsplikten måhända inte är den fråga som har högst prioritet.

<sup>136</sup> Det kan noteras att festskriftsföremålet var ordförande i *Utvalget för evaluering av aksjeloven og allmennaksjeloven* som 2016 föreslog en revidering av de norska borgenärsskyddsreglerna i betänkandet NOU 2016:22, *Aksjelovgivning for økt verdiskaping*.

