



INTERNATIONELLA
HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

Corporate Opportunity

Förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja
affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhetsområde

Filosofie kandidatuppsats i affärsjuridik (associationsrätt)

Författare: Elin Pettersson

Handledare: Roger Sandberg

Framläggningsdatum: 2010-05-19

Jönköping Maj 2011

Kandidatuppsats i affärsjuridik (bolagsrätt)

Titel:	Corporate Opportunity – Förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhetsområde
Författare:	Elin Pettersson
Handledare:	Roger Sandberg
Datum:	2010-05-19
Ämnesord	Associationsrätt, bolagsrätt, lojalitetsplikt, corporate opportunity, styrelseledamot, verkställande direktör

Sammanfattning

Den del av lojalitetsplikten som innebär ett förbud för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhetsområde eller i övrigt kan anses tillhöra bolaget, har inte väckt någon större uppmärksamhet i svensk rätt. Förbudet har dock behandlats i betydande utsträckning i andra rättsordningar, främst i den amerikanska där förbudet benämns läran om corporate opportunity. Amerikansk rätt kan således vara vägledande då förbudets mer exakta innebörd enligt svensk rätt ska utredas.

Den kanske mest grundläggande frågan vad gäller läran om corporate opportunity i svensk rätt är vilka affärsmöjligheter som anses falla inom bolagets verksamhetsområde. Med andra ord måste det utredas vilka affärsmöjligheter som tillhör bolaget, och således är förbjudna för ledamot av bolagsledningen att utnyttja. Detta avgörs genom en helhetsbedömning i varje enskilt fall. Av betydelse för bedömningen är verksamhetsföremålet i bolagsordningen. Först och främst krävs att det finns någon koppling mellan affärsmöjligheten och verksamhetsföremålet. Om en sådan koppling föreligger, ska vidare beaktas bland annat om bolaget hade ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten och hur ledamoten fått kännedom om den.

Förbudet är inte absolut. Även om en affärsmöjlighet är att anse som bolagets, är en ledamot fri att utnyttja den om bolaget avböjer affärsmöjligheten eller om bolaget ger ledamoten tillstånd att utnyttja den.

Avseende förbudet bör i svensk rätt skillnad göras mellan ledamot av ledningen i ett privat respektive ett publikt aktiebolag, såtillvida att förbudet bör tolkas mer strikt vad

gäller ledamot av ledningen i ett publikt bolag. Däremot bör ingen skillnad göras mellan heltids- och deltidverksam ledamot, utan de borde omfattas av samma plikter.

Bachelor's Thesis in Commercial and Tax Law (company law)

Title:	Corporate Opportunity – The prohibition for director and officer to personally exploit a business opportunity which falls within the scope of the company's business
Author:	Elin Pettersson
Tutor:	Roger Sandberg
Date:	2010-05-19
Subject terms:	Corporate law, company law, duty of loyalty, corporate opportunity, director, officer

Abstract

The Corporate Opportunity doctrine constitutes a prohibition for the directors and officers of a company to pursue for themselves any opportunity which falls within the scope of the corporation's business. In Swedish law the doctrine has not yet seemed to attract any greater attention. This doctrine has been the focus of a multitude of cases in a both American and English law, however mainly in the America law. Therefore, the American legal framework can serve as guidance in trying to define the doctrine as it has developed, or perhaps more correctly not developed, in national law.

The perhaps most crucial question to be answered in the area of corporate opportunities is how the law indentify an opportunity as a "corporate" one. This is done by an overall assessment of the opportunity. First there needs to be established weather there exist some tie between the opportunity and the scope of the corporation's business. Secondly, if a tie exists, it has to be taken into account weather the corporation e.g. had an interest or expectancy in the opportunity, the financial ability to undertake the opportunity and the capacity in which the opportunity was presented to the director or officer.

If the company rejects the opportunity or if the director or officer receives authorization from the company, the opportunity is available to exploitation of the director or officer.

A difference should be made between private and public companies, but not between full-time and part-time directors or officers.

Innehåll

1	Inledning	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte och avgränsning.....	1
1.3	Metod och material.....	2
2	Lojalitetsplikten för styrelseledamot och verkställande direktör.....	3
2.1	Bakgrund.....	3
2.2	Aktieägarnas kontroll över bolagsledningen.....	3
2.3	Allmänt om lojalitetsplikten	4
2.4	Lojalitetsplikten för ledningen i ett aktiebolag	5
2.5	Förbud mot att utnyttja affärsmöjlighet som tillhör bolaget	6
3	Läran om corporate opportunity	7
3.1	Inledning.....	7
3.2	När tillhör en affärsmöjlighet bolaget?	7
3.3	Inom bolagets verksamhetsområde	8
3.3.1	Föremålet för verksamheten	8
3.3.2	Finns det undantag från förbudet?.....	10
3.4	Läran om corporate opportunity i andra rättsordningar	10
3.4.1	En jämförelse med svensk rätt.....	10
3.4.2	Kan läran om corporate opportunity enligt anglosaxisk rätt tillämpas i den svenska rätten?	11
4	Läran om corporate opportunities i amerikansk rätt	13
4.1	Inledning.....	13
4.2	Vilka affärsmöjligheter ska anses tillhöra bolaget?.....	14
4.2.1	Inledning	14
4.2.2	Guth v. Loft	14
4.2.3	”The line of business test”	16
4.2.4	”The Miller two-step test”	16
4.2.5	Utvecklingen av corporate opportunity doktrinen i amerikansk rätt.....	17
4.3	Privata och publika bolag	19
4.4	Heltids- och deltidssysselsatt ledamot.....	19
4.5	Avslutande kommentarer	20
5	Läran om corporate opportunities i engelsk rätt	21
5.1	Inledning.....	21
5.2	Vilka affärsmöjligheter ska anses tillhöra bolaget?.....	21
5.2.1	Regal (Hastings) Ltd v Gulliver	21
5.2.2	”The non-conflict principle”	22
5.2.3	Industrial Development Ltd v. Cooley	23
5.2.4	Bhullar v Bhullar.....	24
5.3	Tillstånd att utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget	25
5.4	Avslutande kommentar.....	25
6	Avslutande diskussion.....	27

6.1	Inledande kommentarer	27
6.2	Vilka affärsmöjligheter omfattas av förbudet?	27
6.3	Vilka affärsmöjligheter ska anses falla inom bolagets verksamhetsområde?	30
6.4	Bör skillnad göras mellan privata och publika bolag och bör graden av ledamotens sysselsättning ha någon betydelse?.....	31
7	Slutsats	33
	Referenslista	35

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen
ALI	American Law Institute
CA 2006	Companies Act 2006

I Inledning

I.1 Bakgrund

En av de plikter som åvilar styrelseledamot och verkställande direktör i ett bolag är den så kallade lojalitetsplikten.¹ Vad avser ledningen i ett aktiebolag, bygger aktiebolagslagen (2005:551), ABL, på förutsättningen att styrelseledamot och verkställande direktör har en skyldighet att agera och fatta beslut i bolagets intresse.² Bolagsledningen ska således inte främja egna eller närståendes intressen, eller andras ekonomiska intressen såsom ett bolag som ledamoten önskar ha en personlig relation med. Lojalitetsplikten innebär en plikt för styrelseledamot och verkställande direktör att undvika att orsaka skada och vara lojal mot bolaget.

En del av lojalitetsplikten är förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att för egen del utnyttja affärsmöjligheter som faller inom företagets verksamhetsföremål eller i övrigt kan anses tillhöra bolaget. Förbudet är inte absolut och gäller inte samtliga affärsmöjligheter.³ Vad förbudet mer exakt innebär enligt svensk rätt är dock oklart. Anledningen till detta får anses vara den begränsade uppmärksamhet som förbudet hittills väckt i svensk rätt. Förbudet har däremot behandlats i betydande utsträckning i såväl amerikans som engelsk rätt.

I.2 Syfte och avgränsning

Vad är enligt svensk rätt innebörden av förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att för egen del utnyttja en affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhetsområde eller eljest kan anses tillhöra bolaget? Syftet med uppsatsen är således att undersöka när en affärsmöjlighet ska anses tillhöra bolaget och inte styrelseledamot eller verkställande direktör. I uppsatsen avses även att utreda anledningen till att förbudet i svensk rätt endast har behandlats i en sådan begränsad utsträckning.

I uppsatsen har endast den del av lojalitetsplikten som avser förbudet för ledningen att utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget valts att behandlas. Den allmänna

¹ Se till exempel Dotevall, Rolf, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, akademisk avhandling, Nordstedts Förlag, Malmö 1989, s. 261 och Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag – En lärobok*, uppl. 6, LitteraturCompagniet AB, Stockholm 2010, s. 98.

² Prop. 1975:103, s. 376-377.

³ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 325. Se även Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag – En lärobok*, 2010, s. 98.

lojalitetsplikt som åvilar ledamot av bolagsledningen har endast kort behandlats i uppsatsen. Övriga delar av lojalitetsplikten har lämnats utan hänseende. Framställningen har avgränsats till att endast utreda förbudet för bolagsledningen i aktiebolag. Vad förbudet innebär för ledningen i övriga bolagsformer har inte behandlats i uppsatsen. Uppsatsen har även begränsats på så sätt att den endast omfattar en utredning av gällande svensk rätt. För att kunna göra detta har dock, på grund av den ytterst blygsamma behandlingen av förbudet i svensk rätt, en utredning av gällande amerikansk och engelsk rätt medtagits som vägledning för utredningen av förbudet enligt svensk rätt. Påföljder för brott mot lojalitetsplikten har lämnats utanför denna framställning.

I.3 Metod och material

Vad avser utredningen av svensk rätt har främst svensk juridisk litteratur granskats för att undersöka gällande svensk rätt på området, då svensk lagstiftning och praxis på detta område saknas.

Amerikansk rättspraxis och juridisk litteratur på området har granskats i syfte att utreda gällande amerikansk rätt på området. Litteraturen har i detta avseende använts för en djupare förståelse av rättspraxisen. I engelsk rätt har lagstiftning, rättspraxis och juridisk litteratur granskats i samma syfte. Då lagstiftningen på området är ytterst begränsad, har rättspraxisen och den juridiska litteraturen använts för att utveckla de lagregler som finns. Den anglosaxiska rätten har främst använts som vägledande för att klargöra förbudet enligt svensk rätt.

Inledningsvis i uppsatsen har den lojalitetsplikt som åvilar ledamot av bolagsledningen beskrivits. Fortsättningsvis har större delen av uppsatsen ägnats åt att beskriva förbudet i de olika rättsordningarna. Avslutningsvis har en jämförelse gjorts mellan förbudet så som det utvecklats i de olika rättsordningarna, i syfte att utreda vad förbudet mer exakt innebär enligt svensk rätt.

2 Lojalitetsplikten för styrelseledamot och verkställande direktör

2.1 Bakgrund

I mindre företag är ägande och makt som regel nära förknippade med varandra.⁴ Ägarna fattar gemensamt beslut om verksamheten och bär tillsammans risken för rörelsen.⁵ Möjligheterna till insyn och övervakning av delägarna är således stor. Eftersom samtliga ägare ofta är involverade i den dagliga skötseln i mindre företag, är enskilda delägars möjligheter att tillskansa sig fördelar på övrigas bekostnad ytterst begränsad.⁶ I större bolag finns inte samma möjlighet för ägarna att gemensamt leda bolaget. Att till exempel fatta alla beslut rörande bolagets dagliga verksamhet och förvaltning gemensamt skulle helt enkelt vara alltför tidskrävande i ett bolag med många aktieägare och skulle leda till att bolaget inte kan fungera på ett effektivt sätt.⁷

Särskilt i större bolag är det vanligt att bolagets styrelse genom bolagsordningen tilldelas en mycket bred och långtgående beslutanderätt.⁸ En bred beslutanderätt gör att bolaget kan ledas på ett effektivt sätt, men innebär även en risk att bolagsledningen använder sin befogenhet i andra syften än vad som var meningen från bolagets sida.⁹ Risken är särskilt stor att en ledamot använder de befogenheter han eller hon blivit tilldelad för att gynna sina egna intressen, snarare än bolagets.¹⁰

2.2 Aktieägarnas kontroll över bolagsledningen

Om verksamheten bedrivs i form av ett aktiebolag, föreskriver ABL överföring av i princip all operativ beslutsmyndighet till en styrelse som utses av bolagsstämman. Om styrelsen förordnar en verkställande direktör kommer denne att svara för den löpande förvaltningen

⁴ Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 64.

⁵ Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 64.

⁶ Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 64.

⁷ Detta problem har sedan länge uppmärksammats även i utländska rättsordningar. För en behandling av problemet i engelsk rätt, se till exempel Davies, Paul L, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet and Maxwell Ltd, 2008, s. 365-410, 476-479.

⁸ Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 476.

⁹ Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 476.

¹⁰ Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 476.

i bolaget, och styrelsens egen förvaltningskompetens kommer därmed att inskränkas i motsvarande mån.¹¹

När ägarna överför beslutsfattandet till en styrelse och en verkställande direktör, avhänder de sig möjligheten att fortlöpande följa hur verksamheten drivs och direkt delta i organisationen och den löpande förvaltningen.¹² I ett aktiebolag har således ägarna betydligt sämre möjlighet till insyn och övervakning av bolagets skötsel. Motsatsen skulle innebära högre administrativa kostnader och en långsammare beslutsprocess.¹³ Ett av aktiebolagets grundproblem är hur aktieägarna ska kunna övervaka styrelsen och den verkställande direktören, utan att detta medför en alltför hög administrativ kostnad och hindrar att bolaget sköts på ett så effektivt sätt som möjligt. Lojalitetsplikten har, enligt den traditionella synen i bolagsrätten, till syfte att förhindra att styrelseledamot eller verkställande direktör skaffar sig ytterligare fördelar av sitt uppdrag utöver den ersättning som han eller hon erhåller från bolaget.¹⁴

I denna uppsatts kommer fortsättningsvis ordet ledning att användas som en gemensam beteckning för bolagets styrelse och verkställande direktör.

2.3 Allmänt om lojalitetsplikten

Ledningen i ett bolag står i ett uppdragsförhållande gentemot bolaget som kan liknas vid sysslomannens ställning gentemot huvudmannen.¹⁵ En huvudman anlitar en syssloman för att utföra ett visst uppdrag. Genom att uppdraget ofta innebär en långtgående överföring av beslutsrätt är det i grunden baserat på det förtroende huvudmannen har för sysslomannen; huvudmannen kommer ju att bli bunden av de överenskommelser som sysslomannen ingår för dennes räkning och måste således kunna lita på att sysslomannen agerar utifrån vad som är bäst för huvudmannen.¹⁶ Av styrelseledamot och verkställande

¹¹ Om styrelsens och verkställande direktörs beslutandekompetens enligt aktiebolagslagen, se ABL 8 kap.

¹² Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 64.

¹³ Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 64.

¹⁴ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, uppl. 2, Nordstedts juridik AB, Vällingby 2008, s. 155.

¹⁵ Prop. 1975:103, s. 376-377. Se även Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 273-277.

¹⁶ Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 96.

direktörs syssломannaliknande ställning följer således, i likhet med vad som gäller i andra uppdragsförhållanden, en lojalitetsplikt.¹⁷

I ett uppdragsförhållande gäller även i allmänhet i svensk rätt att uppdragstagaren inte får konkurrera med huvudmannen inom det område som uppdraget omfattar.¹⁸ I ABL finns ingen uttrycklig regel som förbjuder styrelseledamot och verkställande direktör att driva med bolaget konkurrerande verksamhet, men det får emellertid anses klart att ett sådant förbud föreligger på grund av den allmänna lojalitetsplikten för uppdragstagare.¹⁹

Lojalitetsplikten har inte samma innehåll i alla uppdragsförhållanden.²⁰ Det ska framhållas att styrelseledamot och verkställande direktörs syssломannaliknande ställning inte innebär att de faktiskt är syssломän, utan bolagsledningen anses ha en organställning med drag av syssломannaskap.²¹ Lojalitetsplikten har således inte samma innehåll för ledamot av en ledning i ett aktiebolag som för till exempel en fullmäktige.

2.4 Lojalitetsplikten för ledningen i ett aktiebolag

Vad gäller ledningen i ett aktiebolag bygger ABL på förutsättningen att styrelseledamot och verkställande direktör har en skyldighet att agera och fatta beslut i bolagets intresse. Av propositionen till 1975 års aktiebolagslag (1975:103) framgår att:²²

”I övrigt gäller att styrelsen och verkställande direktör är skyldiga att i sitt handlande för bolaget främja bolagets intresse. Detta följer av den syssломannaställning som styrelseledamöterna och verkställande direktören såsom organ för bolaget får anses inta i förhållande till bolaget.”

Frågan är vad som ska anses vara i bolagets intresse. Syftet med ett aktiebolags verksamhet är i regel att generera vinst åt aktieägarna.²³ Allt beslutsfattande från ledningens sida ska således ske i ett syfte; att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna. Alla handlingar från

¹⁷ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 261. För en utförlig redogörelse av syssломannaskapet, se Tiberger, Hugo och Dotevall, Rolf, *Mellanmansrätt*, uppl. 9, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1997, s. 26-36.

¹⁸ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 178.

¹⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 176.

²⁰ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 261.

²¹ Se Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 273-277.

²² Prop. 1975:103, s. 376-377.

²³ Se ABL 3:3. Om verksamheten ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna, måste detta anges i bolagsordningen.

ledningens sida som syftar till något annat än att generera vinst till bolaget får således anses inte främja bolagets intresse och innebär därmed ett brott mot lojalitetsplikten.²⁴

Lojalitetsplikten innebär att styrelseledamot och verkställande direktör ska undvika att orsaka skada och vara lojal mot det bolag han är anställd i. Den innefattar även en skyldighet att inte främja egna, närståendes eller andras ekonomiska intressen, såsom ett bolag som han önskar ha en personlig relation med.

2.5 Förbud mot att utnyttja affärsmöjlighet som tillhör bolaget

Lojalitetsplikten innefattar många olika delar, bland annat förbud mot självkontrahering, förbud mot att driva med bolaget konkurrerande verksamhet och förbud mot att ledamot av bolagsledningen utnyttjar affärsmöjligheter som tillhör bolaget.²⁵

En viktig del i lojalitetsplikten i flera utländska rättsordningar är förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja affärsmöjligheter som tillhör bolaget.²⁶ I amerikansk rätt benämns detta förbud läran om corporate opportunity eller corporate opportunity doktrinen.²⁷ Återstoden av denna uppsats kommer att ägnas åt just problematiken kring corporate opportunities.

²⁴ Se Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 97-99. För ett klassiskt exempel på detta, se det amerikanska rättsfaller Dodge v. Ford Motor Co, 170 N.W. 688 (1919).

²⁵ För en utförlig beskrivning av lojalitetspliktens alla delar, se Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 261-351.

²⁶ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 324-325.

²⁷ Jämför § 5.05 American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994. (ALI Principles).

3 Läran om corporate opportunity

3.1 Inledning

En viktig del i lojalitetsplikten i flera andra utländska rättsordningar är förbudet mot att bolagsledningen utnyttjar affärsmöjligheter som faller inom bolagets verksamhetsområde eller eljest kan anses tillhöra bolaget.²⁸ Lojalitetsplikten innebär att en styrelseledamot eller en verkställande direktör ska tillgodose bolagets intresse, inte sitt eget eller någon annans. En ledamot ska därför inte kunna utnyttja sin ställning i bolaget för att gynna sitt eget intresse, på bekostnad av bolagets.

I svensk rätt har denna princip uppkommit genom det konkurrensförbud som följer av den allmänna lojalitetsplikten.²⁹ Konkurrensförbudet innebär att styrelseledamot eller verkställande direktör inte ska tillgodose sina egna intressen framför bolagets genom att driva med bolaget konkurrerande verksamhet.³⁰ Även om en affärsmöjlighet inte tillhör bolaget kan således en ledamot av bolagsledningen ändå vara förhindrad att utnyttja den, om utnyttjandet av den skulle innebära att ledamoten engagerar sig i konkurrerande verksamhet som kan vara till nackdel för bolaget.

Förbudet för bolagsledningen att utnyttja affärsmöjligheter som faller inom bolagets verksamhetsområde eller i övrigt kan anses tillhöra bolaget gäller dock inte samtliga affärsmöjligheter. Det är uppenbart att bolaget inte uteslutande kan ha ensamrätt på utnyttjandet av alla affärsmöjligheter.³¹ Konsekvensen av detta, att ledamöterna i bolagsledningen inte överhuvudtaget kan göra gynnsamma affärer för egen del, framstår inte som rimlig. En ledamot har inte brutit mot lojalitetsplikten om han eller hon till exempel handlar med aktier med god förtjänst i företag i helt andra branscher.³²

3.2 När tillhör en affärsmöjlighet bolaget?

Som framgått ovan finns inget allmänt förbud för en ledamot i bolagsledningen att göra gynnsamma affärer för egen del, utan det är endast om affärsmöjligheten tillhör bolaget

²⁸ Se till exempel Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 324-325 och Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag – En lärobok*, 2010, s. 98.

²⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 178.

³⁰ Se ovan i kapitel 2.3.

³¹ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 325.

³² Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 325.

som ledamoten är förhindrad att utnyttja den. Frågan är då när en affärsmöjlighet ska anses tillhöra bolaget, och inte styrelseledamot eller verkställande direktör. I den juridiska litteraturen har det sedan tidigare uttalats ett klart fall där ett sådant förhållande föreligger. Det är (i) då bolaget inlett förhandlingar om någon affär, (ii) när erbjudandet uttryckligen framställts till styrelseledamot eller verkställande direktör i dennes egenskap av ledamot i bolagsledningen och (iii) när ledamot av bolagsledningen har realiserat affärsmöjligheten med hjälp av personal och tillgångar som tillhör bolaget.³³

Om alla tre kriterierna föreligger i en situation tillhör alltså affärsmöjligheten bolaget, och styrelseledamot och verkställande direktören är därmed förbjudna att utnyttja den. Det har dock i den juridiska litteraturen uttryckts den meningen att gränsen i detta avseende är alltför snäv, då lojalitetspliktens tillämpning på corporate opportunities sträcker sig mycket längre än så.³⁴

På senare tid verkar gränsen för när en affärsmöjlighet ska tillhöra bolaget ha ändrats i viss mån. Dotevall har till exempel uttalat att det inte under några omständigheter är tillåtet för ledamot av bolagsledningen att för egen del realisera en affärsmöjlighet med hjälp av personal och tillgångar som tillhör bolaget.³⁵ Detta får anses innebära att gränsen för när en affärsmöjlighet ska tillkomma bolaget och inte styrelseledamot eller verkställande direktör, har utvidgas. Enligt Dotevall utgör numera de övriga två kriterierna ett klart fall när affärsmöjligheten tillhör bolaget, det vill säga när bolaget inlett förhandlingar om en affär, om erbjudandet om affären uttryckligen framställts till styrelseledamot eller verkställande direktör i dennes egenskap av ledamot i bolagsledningen³⁶. Frågan är om inte gränsen härvidlag fortfarande är att anses som alltför snäv.³⁷

3.3 Inom bolagets verksamhetsområde

3.3.1 Föremålet för verksamheten

Vad som ska uppmärksammas är att förbudet endast gäller för affärsmöjligheter som faller inom bolagets verksamhetsområde. Frågan blir då vilka affärsmöjligheter som ska anses

³³ Se Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 325.

³⁴ Se till exempel Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag – En lärobok*, 2010, s. 98 fotnot 216.

³⁵ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 178.

³⁶ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 178.

³⁷ Se kapitel 6 för vidare diskussion om detta.

falla inom verksamhetsområdet. Denna fråga blir beroende av vad som angetts som föremålet för verksamheten i bolagsordningen.³⁸ Om den aktuella affärsmöjligheten inte ligger inom det angivna området, skulle således styrelseledamot eller verkställande direktör vara fri att utnyttja möjligheten.

Problemet är att om bolaget har ett allmänt formulerat verksamhetsföremål, kommer praktiskt taget alla typer av affärsmöjligheter att falla inom bolagets verksamhetsområde, även sådana som bolaget inte skulle ha ekonomiska eller praktiska möjligheter att ta tillvara. Risken för att så kommer att ske får anses som stor, då en vidare definition av verksamhetsföremålet i allmänhet bör vara att föredra framför en snäv definition.³⁹

Ett mer allmänt utformat verksamhetsföremål innebär att bolaget kan ges en ny affärsvinkling utan att bolagsordningen behöver ändras.⁴⁰ En alltför snäv definition leder till att bolaget riskerar att fråntas möjligheter att utveckla verksamheten och gör det generellt sett enklare att tillgripa sanktioner mot en bolagsåtgärd i strid mot verksamheten, såsom till exempel klander- och ogiltighetstalan.⁴¹

Någon allmän regel för att avgöra om affärsmöjligheten faller inom bolagets verksamhetsområde kan således inte uppställas, utan varje enskilt fall får bedömas för sig.⁴² Enligt Bergström och Samuelsson kan då bland annat följande vara av betydelse:⁴³

1. Hade bolaget ekonomiska möjligheter att genomföra affären?
2. Är motparten villig att genomföra affären med bolaget som motpart?
3. Ligger affären i linje med bolagets verksamhet?
4. Är det en affär som bolaget normalt förväntas ingå?
5. Har bolaget legala möjligheter att genomföra affären?

Om svaret på dessa frågor är ja, torde det innebära att ledamoten är förhindrad att genomföra affären för egen räkning.⁴⁴

³⁸ Verksamhetsföremålet måste anges i bolagsordningen, ABL 3:1.

³⁹ Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, uppl. 3, Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2010, s. 75.

⁴⁰ Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2010, s. 75.

⁴¹ För mer om detta se till exempel Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2010, s. 75-76 och Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 325-326.

⁴² Se Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 100.

⁴³ Se Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 100-101.

3.3.2 Finns det undantag från förbudet?

I litteraturen har det uttalats att förbudet mot att styrelseledamot och verkställande direktör utnyttjar affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhetsområde inte är absolut.⁴⁵ Vad som exakt menas med detta är inte helt klart. Det får emellertid anses innebära att det skulle kunna finnas situationer där en affärsmöjlighet som tillhör bolaget faktiskt är fri för en ledamot av bolagsledningen att utnyttja för egen del. I till exempel engelsk rätt har det uttalats att om bolaget avböjer affärsmöjligheten är den fri för en ledamot av bolagsledningen att utnyttja.⁴⁶ Detta gäller även om ledamot erhåller tillstånd från bolaget att genomföra affären för egen räkning.⁴⁷

3.4 Läran om corporate opportunity i andra rättsordningar

3.4.1 En jämförelse med svensk rätt

I framför allt USA, men även i England, har läran om corporate opportunity behandlats i betydande utsträckning i både rättspraxis och den juridiska litteraturen.⁴⁸ I Sverige tycks dock problemet rörande corporate opportunity inte ha väckt någon större uppmärksamhet. Anledningen till att problemet hittills inte har aktualiserats i svensk rättspraxis är oklar, men det har ansetts att det möjligen kan bero på att intresset för affärsetik tidigare varit litet.⁴⁹ Det är även möjligt att det kan vara en följd av de kulturella skillnaderna som finns mellan de anglosaxiska rättsystemen och det svenska rättssystemet.⁵⁰ Vad avser till exempel svenska avtal innehåller ofta endast en summarisk reglering av de allra mest centrala affärsfrågorna, resten överlämnas till parternas goda vilja.⁵¹ Den anglosaxiska avtalstraditionen däremot präglas av en mycket utförlig reglering av avtalen, där mycket lite

⁴⁴ Bergström och Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2009, s. 101.

⁴⁵ Se Andersson, *Kapitalskyddet i aktiebolag – En lärobok*, 2010, s. 98 fotnot 216.

⁴⁶ Pennington, Robert R., *Directors' Personal Liability*, BSP Professional Books, 1987, s. 49-50. Dock är ledamot av bolagsledningen inte fri att utnyttja affärsmöjligheten om den innebär med bolaget konkurrerande verksamhet, se ovan i kapitel 2.3.

⁴⁷ Se Companies Act 2006 (c 46), s. 175(5-6). (CA 2006). För mer om detta, se kapitel 5.

⁴⁸ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 177.

⁴⁹ Se Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 338. Enligt Dotevall är det dock tydligt att intresset för affärsetik i svensk rätt har ökat.

⁵⁰ Se Söderlund, Christer, *Trister i affärslivet*, Industrilitteratur AB, Kristianstad 2000, s. 23. Boken behandlar visserligen avtalsskrivning, men enligt författarens mening kan detta även anses gälla avseende corporate opportunities.

⁵¹ Söderlund, Christer, *Trister i affärslivet*, 2000, s. 23.

lämnas till parternas goda vilja.⁵² Av detta kan slutsatsen dras att svensk avtalsrätt, till skillnad från den anglosaxiska, bygger på ett stort förtroende mellan avtalsparterna. I svenska avtal har det därför hittills inte ansetts nödvändigt att närmare reglera frågan om lojalitetsplikten, och därmed om corporate opportunities. I den anglosaxiska rätten däremot har det sedan länge varit vanligt att utförligt reglera de plikter som åvilar styrelseledamot och verkställande direktör, varför corporate opportunity doktrinen har behandlats ingående i dessa rättsordningar.

Då den anglosaxiska avtalskrivningstraditionen vunnit insteg i fråga om svenskt avtalsförfattande,⁵³ får det anses troligt att problematiken kring corporate opportunities framöver kommer att ägnas större uppmärksamhet även i den svenska rätten.

3.4.2 Kan läran om corporate opportunity enligt anglosaxisk rätt tillämpas i den svenska rätten?

En grundläggande fråga är om läran om corporate opportunities, så som den utvecklats i amerikans och engelsk rätt, helt kan inlemmas i svensk rätt. Det föreligger utan tvekan vissa skillnader mellan rättssystemen. Till exempel har de plikter som åvilar bolagsledningen i USA vuxit fram i rättspraxis i de enskilda delstaterna.⁵⁴ Lojalitetsplikten för styrelseledamot och verkställande direktör kan dessutom i svensk rätt härledas från de allmänna syssломannareglerna,⁵⁵ medan den i amerikansk och engelsk rätt kan härledas från reglerna om *trustees*.⁵⁶ Trots de skilda teoretiska utgångspunkterna har det ansetts att den anglosaxiska rätten kan tjäna som förebild då lojalitetsplikten för bolagsledningen ska preciseras.⁵⁷ Detta möjliggör för svenskt vidkommande en tillämpning av regler som överensstämmer med läran om corporate opportunity, sådan den utvecklats framförallt i amerikansk rätt.⁵⁸ De nästkommande två kapitlen kommer därför att behandla läran om corporate opportunity enligt amerikansk och engelsk rätt.

⁵² Söderlund, Christer, *Twister i affärslivet*, 2000, s. 23.

⁵³ Söderlund, Christer, *Twister i affärslivet*, 2000, s. 23.

⁵⁴ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 160.

⁵⁵ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 160-161.

⁵⁶ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 91-96,

⁵⁷ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 161.

⁵⁸ Detta eftersom läran om corporate opportunities har behandlats i störst utsträckning i den amerikanska rätten, se ovan i kapitel 3.5.1.

4 Läran om corporate opportunities i amerikansk rätt

4.1 Inledning

I amerikansk rätt har läran om corporate opportunity behandlats i mycket stor utsträckning i såväl rättspraxis som i den juridiska litteraturen. En definition på corporate opportunity ges i § 5.05 (b) ALI Principles:

”(1) Any opportunity to engage in a business activity of which a director or senior executive becomes, aware either:

(A) In connection with the performance of his functions as a director or senior executive, or under circumstances that should reasonably lead the director or senior executive to believe that the person offering the opportunity expects it to be offered to the corporation; or

(B) Through the use of corporate information or property, if the resulting opportunity is one that the director or senior executive should reasonably be expected to believe would be of interest to the corporation; or

(2) Any opportunity to engage in a business activity of which a senior executive becomes aware and knows is closely related to a business in which the corporation is engaged or expects to engage.”

Det föreligger således en plikt för styrelseledamot och verkställande direktör att låta bolaget dra nytta av en affärsmöjlighet som han eller hon får kännedom om i sin ställning som ledamot av bolagsledning. Läran om corporate opportunity är i amerikansk rätt en del av det allmänna konkurrensförbudet och ett uttryck för att de ekonomiska fördelarna med verksamheten ska tillfalla bolaget och inte ledamot av bolagsledningen.⁵⁹ Ledamot av bolagsledningen bryter således mot lojalitetsplikten om han eller hon för egen del utnyttjar en affärsmöjlighet som var riktad mot bolaget.⁶⁰

En corporate opportunity anses i amerikansk rätt vara en bolagstillgång.⁶¹ Motiven bakom förbudet för bolagsledningen att utnyttja en corporate opportunity är desamma som för förbudet att använda bolagets tillgångar för eget bruk.⁶² Styrelseledamot och verkställande direktör är fria att förhandla fram den, ofta mycket höga, lön som de erhåller för sitt arbete

⁵⁹ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 179.

⁶⁰ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 326.

⁶¹ Brudney, Victor & Clark, Robert, Charles, *A New Look at Corporate Opportunities*, Harvard Law Review, Vol. 94 (1981), s. 997-1062, s. 999.

⁶² Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, Harv. L. Rev. 1981, s. 997-1062, s. 999.

i bolaget, varför det inte bör finnas någon möjlighet att tillförsäkra sig ytterligare förmåner genom att utnyttja bolagets tillgångar för eget bruk.⁶³

Frågan som tagits upp i den amerikanska rättspraxisen har emellertid inte varit den om en ledamot för privat bruk ska kunna använda vilken bolagstillgång som helst som han eller hon anser som skälig ersättning för sitt arbete. Det är istället den svårare frågan om vilka affärsmöjligheter som ska anses tillkomma bolaget, och inte bolagsledamöterna, som upprepade gånger behandlats i amerikans rättspraxis.⁶⁴

4.2 Vilka affärsmöjligheter ska anses tillhöra bolaget?

4.2.1 Inledning

Huvudföremålet i den amerikanska läran om corporate opportunity är att avgöra vilka affärsmöjligheter som ska anses tillhöra bolaget. I amerikansk rätt har förbudet mot att utnyttja en corporate opportunity inte uppstått ur något konkurrensförbud för bolagsledningen, vilket är fallet i svensk rätt.⁶⁵ I den amerikanska rättspraxisen har det istället gjorts åtskillnad mellan ”fria” affärsmöjligheter, det vill säga affärsmöjligheter som är fria för ledamöterna i bolagsledningen att utnyttja, och sådana som av någon anledning ska anses tillhöra bolaget.⁶⁶ Det ledande rättsfallet på området är *Guth v. Loft*.⁶⁷

4.2.2 Guth v. Loft

Guth var styrelseordförande i ett bolag, Loft, som bland annat tillverkade och sålde läskedrycker. Guth ägde ett annat bolag som tillverkade ingredienser till läskedrycker. I samtliga Lofts butiker såldes Coca-cola, men sedan Coca-cola Company nekat Loft ytterligare rabatt på inköpspriset för läskedryck undersökte Guth möjligheten att byta ut Coca-cola mot Pepsi-cola. Vid denna tidpunkt gick det bolag som tillverkade Pepsi-cola i konkurrs och erbjöds till försäljning. Guth köpte då genom sitt eget bolag varumärket och receptet till Pepsi-cola och började tillverka läskedrycken. Domstolen dömde Guth att bland annat betala till Loft den vinst han gjort på försäljningen av Pepsi-cola.

⁶³ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, Harv. L. Rev., 1981, s. 997-1062, s. 1000.

⁶⁴ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, Harv. L. Rev., 1981, s. 997-1062, s. 1000.

⁶⁵ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 326.

⁶⁶ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 326.

⁶⁷ 5 A. 2d 503 (1939), hädanefter Guth.

Eftersom Guth fått kännedom om affärsmöjligheten i samband med sin ställning som styrelseordförande, hade han en skyldighet att informera bolaget om möjligheten och låta bolaget dra nytta av den.⁶⁸ Då så inte skett, ansågs Guth ha brutit mot den lojalitetsplikt han hade gentemot bolaget. Först om Guth informerat bolaget om affärsmöjligheten och fått dess tillåtelse att utnyttja den för egen del, hade han kunnat undgå ansvar.⁶⁹ Då affärsmöjligheten i detta fall ansågs tillhöra bolaget, skulle den vinst Guth gjort på att genomföra affären för egen räkning tillkomma bolaget.

För bedömningen huruvida det föreligger en corporate opportunity uttalades följande i rättsfallet:⁷⁰

"If there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation [i] is financially able to undertake, [ii] is ... in the line of the corporation's business and is of practical advantage to it, [iii] is one in which the corporation has an interest or reasonably expectancy, and [iv], by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of his corporation, the law will not permit to seize the opportunity for himself."

Huruvida ledamot i bolagsledningen ska anses ha brutit mot lojalitetsplikten eller ej avgörs således genom en sammanvägning av flera faktorer i varje enskilt fall. Det krävs först och främst att bolaget skulle ha haft ekonomiska möjligheter att utnyttja den aktuella affärsmöjligheten. Affärsmöjligheten måste dessutom vara i linje med bolagets verksamhet och innebära en praktisk fördel för verksamheten. Av betydelse är även om bolaget har ett intresse av affärsmöjligheten eller en förväntan om att kunna utnyttja den och att genomförandet av affären skulle leda till att ledamotens intresse hamnar i konflikt med bolagets. Tyngdpunkten, och den största svårigheten, vid bedömning ligger på att avgöra vad som är "in the line of the corporation's business".⁷¹

⁶⁸ Se ALI Principles § 5.05 (b)(1)(A).

⁶⁹ Knauss, Robert L., *Corporate Governance – A Moving Target*, Michigan Law Review, Vol. 79 (1979), s. 478-500, s. 493.

⁷⁰ Guth, s. 511. För mer om detta, se Scott, Struan, *The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Argument*, Modern Law Review, Vol. 66 (2003), s. 852-869, s. 857-860.

⁷¹ Se Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, Harv. L. Rev. 1981, s. 997-1062, s. 1010-1018 och Chew, Pat K., *Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, North Carolina Law Review, Vol. 67 (1988), s. 435-502, s. 455-456. Samma svårighet föreligger även i svensk rätt, jämför kapitel 3.2.

4.2.3 "The line of business test"

För att avgöra om en affärsmöjlighet ska anses tillhöra bolaget har man i äldre rättsfall använt sig av "the line of business test".⁷² Det innebär att om en affärsmöjlighet är i linje med bolagets verksamhet, är styrelseledamot och verkställande direktör förhindrad att utnyttja den. I *Guth* uttalade domstolen att det som måste avgöras är huruvida affärsmöjligheten "was so closely associated with the existing business activities of [the company], and so essential thereto...", att utnyttjandet av den skulle innebära att ledamoten kommer att konkurrera med bolaget.⁷³ Desto större likhet mellan affärsmöjligheten och den verksamhet som bolaget bedriver, desto mer troligt är det att den anses som tillhörande bolaget.⁷⁴ Metoden har dock ansetts som vidsträckt och klassificerats som alltför bred.⁷⁵ En strikt tillämpning av metoden innebär att ledamot av bolagsledningen praktiskt taget är förhindrad att ta någon affärsmöjlighet överhuvudtaget för egen del.⁷⁶ Metoden har utsatts för kritik, särskilt vad avser problemet att med tillräcklig säkerhet kunna avgöra om en affärsmöjlighet verkligen tillhör bolaget.⁷⁷ Den har även kritiserats för att det medför en alltför stelbent rättstillämpning.⁷⁸

4.2.4 "The Miller two-step test"

I senare rättspraxis har det varit vanligt att använda en tvåstegsmetod, kallat "the Miller two-step test".⁷⁹ Metoden innebär att "the line of business test" kombineras med en skälighetsbedömning, vilket medför att en bedömning görs inte bara om åtgärden är i linje med bolagets verksamhet utan också om det är skäligt att en ledamot av bolagsledningen utnyttjar affärsmöjligheten.⁸⁰

⁷² Se till exempel rättsfallen *Guth* och *Burg v. Horn*, 380 F. 2d 897 (1967), hädanefter *Burg*.

⁷³ *Guth v. Loft*, s. 513-515. I rättsfallet kom domstolen fram till att tillverkningen och försäljningen av Pepsi-Cola hade ett sådant nära samband med Lofts verksamhet och var av sådan vikt för bolaget att utnyttjandet av möjligheten skulle göra *Guth* till en konkurrent. För en kritisk analys av domen, se *Chew, Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, N.C. L. Rev., 1988, s. 435-502, s. 456-459.

⁷⁴ *Hamilton, Robert W. & Booth, Richard A., Corporations*, 5th ed., Thomson/West, 2006, s. 590.

⁷⁵ *Hamilton & Booth, Corporations*, 2006, s. 590.

⁷⁶ *Chew, Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, N.C. L. Rev., 1988, s. 435-502, s. 455-456.

⁷⁷ Se *Brudney & Clark, A New Look at Corporate Opportunities*, Harv. L. Rev., 1981, s. 997-1062, s. 1010-1018.

⁷⁸ Se rättsfallet *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*, 673 A.2d 148, s. 154-155 (1996), hädanefter *Broz*.

⁷⁹ Se rättsfallet *Miller v. Miller*, 301 Minn. 207, 222 N.W.2d 71 (1974), hädanefter *Miller*.

⁸⁰ *Chew, Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, N.C. L. Rev., 1988, s. 435-502, s. 462.

Avgörande betydelse för denna bedömning får bolagets ekonomiska möjlighet att utnyttja den aktuella affärsmöjligheten.⁸¹ I *Miller* uttalade domstolen att om affärsmöjligheten ”*bears no logical or reasonable relation to the existing or prospective business activities of the corporation or if [the corporation] lacks either the financial or fundamental practical or technical ability to pursue it, then such opportunity would have to be found to be noncorporate as a matter of law.*”⁸² Av uttalandet framgår att vid bedömningen av huruvida en affärsmöjlighet är i linje med bolagets verksamhet eller inte, ska hänsyn tas till både bolagets nuvarande och framtida verksamhet. Om affärsmöjligheten inte har något samband med den nuvarande eller framtida verksamhet eller om bolaget saknar möjligheter, ekonomiska, praktiska eller tekniska, att utnyttja den, är affärsmöjligheten således inte att anse som tillhörande bolaget.

Om affärsmöjligheten inte anses tillhöra bolaget, sker en prövning av om det kan anses som skäligt att ledamoten utnyttjar möjligheten.⁸³ Även denna metod har utsatts för kritik, och det har ansetts att den lägger till ”only a new layer of confusion to an already murky area of law.”⁸⁴

4.2.5 Utvecklingen av corporate opportunity doktrinen i amerikansk rätt

Efter det uppmärksammade rättsfallet *Broz* har utvecklingen i amerikansk rätt gått mot att domstolen gör en helhetsbedömning istället för att enbart göra en prövning om affärsmöjligheten ligger i linje med bolagets hittillsvarande verksamhet.⁸⁵ Syftet med helhetsbedömningen är att avgöra om det är skäligt att bolaget ska utnyttja affärsmöjligheten.⁸⁶ Utgångspunkten i denna bedömning ska vara kopplingen mellan affärsmöjligheten och bolagets verksamhet.⁸⁷ Vidare bör även följande beaktas;⁸⁸

- bolagets intresse av eller förväntan om att kunna utnyttja affärsmöjligheten,

⁸¹ Se till exempel rättsfallen *Miller* och *Science Accessories Corp. v. Summagraphics Corp.*, 425 A. 2d 957 (1980).

⁸² *Miller v. Miller*, s. 225, 222 N.W.2d 71, s. 81.

⁸³ Vid denna bedömning ska hänsyn tas till omständigheter före, under och efter utnyttjandet av affärsmöjligheten, se *Chew, Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, 1988, s. 435-502, s. 461-463.

⁸⁴ *Brudney & Clark, A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 998 not 2.

⁸⁵ *Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 180.

⁸⁶ *Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 181.

⁸⁷ *Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 180.

⁸⁸ *Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 180.

- bolagets ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten,
- om affärsmöjligheten är tillgänglig för bolaget att utnyttja,⁸⁹
- hur styrelseledamoten eller verkställande direktören fick kännedom om affärsmöjligheten (privat eller i sin ställning som ledamot av bolagsledningen),
- huruvida ledamoten använt bolagets tillgångar för att genomföra affären,
- de praktiska fördelar som affärsmöjligheten innebär för bolaget och
- huruvida ledamoten genom att utnyttja affärsmöjligheten konkurrerar med bolaget

För att bolaget ska anses ha ett intresse eller en förväntan om att kunna utnyttja den aktuella affärsmöjligheten krävs att det finns en koppling mellan affärsmöjligheten och den verksamhet som bolaget bedriver.⁹⁰ Vad gäller denna koppling, har det i rättspraxis uttalats att ” ... *there must be some tie between [the] property and the nature of the corporate business.*”⁹¹ Det krävs således inte en särskilt tydlig koppling mellan affärsmöjligheten och den verksamhet som bedrivs, utan det är tillräckligt att det finns *någon* koppling.

En annan tydlig utveckling i senare amerikansk rättspraxis gällande corporate opportunity doktrinen är kravet på öppenhet.⁹² För att kunna avgöra om det är skäligt att bolaget ska utnyttja affärsmöjligheten ställs krav på styrelseledamot och verkställande direktör att han eller hon själv ska informera bolaget om affärsmöjligheten. Detta framgår av det uppmärksammade rättsfallet *Demoulas*. I rättsfallet uttalas att:⁹³

”[T]o ensure fairness to the company, opportunities must be presented to the company without regard to possible impediments, and material facts must be fully disclosed, so that the company may consider whether and how to address these obstacles ... Without such a rule, the fiduciary’s self-interest may cloud his judgment or tempt him to overlook his duties”.

⁸⁹ Att en affärsmöjlighet inte är tillgänglig för bolaget kan ha många orsaker, till exempel legala hinder eller att bolaget saknar teknisk utrustning eller kunskap. Se bland annat rättsfallet *Demoulas v. Demoulas Super Markets, Inc.*, 677 N.E.2d 159 (1997), hädanefter *Demoulas*.

⁹⁰ *Johnston v. Green*, 121 A.2d 919, s. 924 (1956), hädanefter *Johnston*.

⁹¹ *Johnston*, s. 924.

⁹² Se till exempel rättsfallet *Demoulas*. Se även Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 181.

⁹³ *Demoulas*, s. 181.

Corporate opportunity doktrinen innefattar således en plikt för styrelseledamot och verkställande direktör att upplysa bolaget om affärsmöjligheter som kan innebära en intressekonflikt.⁹⁴

4.3 Privata och publika bolag

I den amerikanska juridiska litteraturen anses att skillnad bör göras mellan privata bolag och publika bolag i corporate opportunity doktrinen.⁹⁵ För styrelseledamot och verkställande direktör i publika bolag bör striktare regler tillämpas än för ledamot i privata bolag.⁹⁶ Anledningen till detta är att antalet delägare i privata bolag, till skillnad från i publika bolag, ofta är ganska få, vilket innebär att delägarna i privata bolag har större möjlighet att noggrant välja ut och övervaka ledamöterna i bolagsledningen.⁹⁷ Dessutom deltar delägarna i privata bolag ofta aktivt i den dagliga verksamheten av bolaget, vilket medför att de har större insyn i verksamheten och därmed på ett bättre sätt kan övervaka ledningen. Delägarna i publika bolag däremot inte har någon kontroll över den dagliga skötseln av verksamheten, utan kan beskrivas som ”merely passive contributors of funds”.⁹⁸

Till saken hör även det faktum att privata bolag inte i lika stor utsträckning som publika, har möjlighet att genomföra varje affär som är av intresse för dem.⁹⁹ Privata bolag är ofta mindre bolag, med begränsad finansiell och teknisk kapacitet. Delägarna i privata bolag ska således i större utsträckning tillåtas att utnyttja affärsmöjligheter som egentligen anses tillhöra bolaget.

4.4 Heltids- och deltidssysselsatt ledamot

Avseende läran om corporate opportunity verkar det i den amerikanska rättspraxisen sedan länge finnas en viss motvilja att pålägga en deltidssysselsatt ledamot plikter med samma omfattning som en ledamot som är heltidssysselsatt i bolaget.¹⁰⁰ Det har i den juridiska

⁹⁴ Se även § 5.05 (a) ALI Principles.

⁹⁵ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1001-1006.

⁹⁶ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1001-1002.

⁹⁷ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1003.

⁹⁸ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1003.

⁹⁹ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1004.

¹⁰⁰ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1004.

litteraturen uttalats att det vid tillämpningen av läran om corporate opportunity borde göras en tydlig skillnad mellan de ledamöter i bolagsledningen som är sysselsatta på heltid och de som endast är sysselsatta på deltid.¹⁰¹ Eftersom en deltidsverksam ledamot endast erhåller en tämligen anspråkslös ersättning för sitt arbete och att arbetet varken kräver att ledamoten lägger ned särskilt mycket tid eller ansträngning, kan det inte förväntas att han eller hon ska omfattas av samma strikta regler som en heltidssysselsatt ledamot av bolagsledningen.¹⁰²

4.5 Avslutande kommentarer

Läran om corporate opportunity har ansetts vara en av de minst tillfredsställande delarna i den amerikanska bolagsrätten.¹⁰³ Dels är de allmänna regler som uppställts oklart formulerade, dels har inte genom rättspraxis uttalats några riktlinjer som kan tjäna till att utforma några meningsfulla regler avseende läran om corporate opportunities.¹⁰⁴ Det har även i den amerikanska juridiska litteraturen uttalats att läran i alltför stor utsträckning gynnar bolagen, och att ingen, eller åtminstone mycket liten, hänsyn tas till andra intressen såsom ledamöternas och samhällets.¹⁰⁵

¹⁰¹ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1000.

¹⁰² Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 1042.

¹⁰³ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 998.

¹⁰⁴ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 1981, s. 997-1062, s. 998.

¹⁰⁵ Chew, *Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*, N.C. L. Rev., 1988, s. 435-502.

5 Läran om corporate opportunities i engelsk rätt

5.1 Inledning

I likhet med svensk rätt, finns enligt engelsk rätt inget allmänt förbud mot att styrelseledamot och verkställande direktör gör aktievinster eller andra vinster medan de är ledamöter av bolagsledningen. Förbudet mot att utnyttja corporate opportunities har snarare sitt ursprung i det faktum att möjligheten för en ledamot att göra en vinst för egen del genom att utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget, kan leda till att han eller hon inte gör sitt yttersta för att främja bolagets intresse.¹⁰⁶ Risken finns således att ledamoten inte skulle anstränga sig särskilt mycket för att se till att bolagets intresse tillgodoses genom att affärsmöjligheten tillvaratas av bolaget.

Vad gäller läran om corporate opportunities i engelsk rätt finns två grundläggande frågor som behöver besvaras. För det första hur lagen identifierar en affärsmöjlighet som tillhörande bolaget, och för det andra vad som krävs för att bolaget ska anses ha gett tillstånd för en ledamot att utnyttja en sådan affärsmöjlighet för egen del.¹⁰⁷

5.2 Vilka affärsmöjligheter ska anses tillhöra bolaget?

5.2.1 Regal (Hastings) Ltd v Gulliver¹⁰⁸

I engelsk rätt är en ledamot av bolagsledningen bunden av en allmän princip som innebär att han inte ska ”enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting with the interests of those whom he is bound to protect.”¹⁰⁹ Det åligger således styrelseledamot och verkställande direktör en plikt att inte försätta sig i en situation där hans eller hennes personliga intressen kan råka i konflikt med bolagets. Ett tidigt exempel på detta är rättsfallet *Regal Hastings*:

Bolaget A ägde en biograf. Ledningen i bolaget beslöt att bilda ytterligare ett bolag (bolag B), som skulle ägas helt av bolag A, i syfte att förvärva ytterligare två biografier och sedan sälja båda bolagen som en ”going concern”. Eftersom bolag A inte kunde betala den begärda köpeskillingen kontant, krävde säljaren av biograferna personlig säkerhet av ledamöterna i ledningen i bolag A. Ledamöterna i ledningen som ursprungligen hade varit villiga att ställa sådan säkerhet ändrade sig

¹⁰⁶ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 559.

¹⁰⁷ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 559-560.

¹⁰⁸ [1942] 1 All ER 378, hädanefter *Regal Hastings*.

¹⁰⁹ Se *Regal Hastings*, s. 381. Detta är ett uttryck för den så kallade ”non-conflict principle”.

emellertid. I stället för att bolag A tecknade alla aktierna i bolag B som planerat, tecknade istället bolag A endast 2000 aktier och ledamöterna i ledningen de resterande 3000 aktierna. Aktierna i bolag A och bolag B såldes sedan inom kort och ledamöterna i ledningen gjorde en stor vinst på sitt aktieinnehav i bolag B. De nya ägarna till bolagen stämde de förutvarande ledamöterna och krävde att de skulle betala den vinst de gjort på aktieförsäljningen. Domstolen fann att ledamöterna var ansvariga.

I rättsfallet framgår det tydligt att det finns en konflikt mellan ledamöternas intresse och bolagets. Genom beslutet att inte ställa personlig säkerhet, skapade ledamöterna en möjlighet för dem själva att personligen delta i finansieringen av förvärvet och därmed tillgodogöra sig en del av vinsten från återförsäljningen av bolagen. Ledamöternas handlande ledde således till att Bolaget A berövades på sin rätt till hela vinsten.

5.2.2 "The non-conflict principle"

Den allmänna "non-conflict principle" som uppställdes i *Regal Hastings* har numera kodifieras i CA 2006¹¹⁰, där det framgår att:¹¹¹

"(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 ... opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the ... opportunity).

Av stadgandet framgår att styrelseledamot och verkställande direktör har en plikt att inte försätta sig i en situation där det finns en risk att hans eller hennes personliga intressen hamnar eller kan hamna i konflikt med bolagets. Detta gäller särskilt vid utnyttjandet av en affärsmöjlighet. Huruvida bolaget faktiskt har möjlighet att utnyttja affärsmöjligheten är inte relevant för frågan om affärsmöjligheten är fri för en ledamot i bolagsledningen att utnyttja för egen del. Så länge affärsmöjligheten faller inom bolagets normala affärsverksamhet, saknar det betydelse att bolaget inte har ekonomiska möjligheter att utnyttja den.¹¹²

Anledningen till att bolagets ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten saknar betydelse är för att underlätta för domstolarna; de inte ska behöva utreda huruvida bolaget

¹¹⁰ Den engelska aktiebolagslagen.

¹¹¹ CA 2006, s 175(1-2).

¹¹² Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 182.

hade eller inte hade ekonomiska möjligheter att utnyttja möjligheten. Regeln har även ett preventivt syfte.¹¹³ Enligt engelsk rätt ska en ledamot av bolagsledningen ”promote the success of the company”.¹¹⁴ Det innebär att styrelseledamot och verkställande direktör har en skyldighet att försöka övervinna de svårigheter som bolaget har att utnyttja affärsmöjligheten.¹¹⁵ Det är med andra ord ledamotens plikt att tillvarata affärsmöjligheter för bolaget.¹¹⁶ Om en sådan plikt inte föreligger då det endast finns en liten chans att bolaget kan utnyttja affärsmöjligheten, kan det få som konsekvens att ledamoten att inte arbetar lika hårt för att främja bolagets intresse som han eller hon borde göra.¹¹⁷

5.2.3 Industrial Development Ltd v. Cooley¹¹⁸

Enligt engelsk rätt anses lojalitetsplikten förhindra en ledamot att för egen del utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget.¹¹⁹ Styrelseledamot och verkställande direktör är förhindrad att utnyttja en affärsmöjlighet för egen del även om han eller hon planerar att lämna bolaget, och vinsten således ändå inte tillkommit bolaget, vilket framgår av rättsfallet *Cooley*:

Industrial Development anställde en arkitekt, Cooley, som verkställande direktör i syfte att underlätta en expansion i den offentliga sektorn. Den förväntade expansionen misslyckades emellertid. En statlig myndighet var vid denna tidpunkt intresserad av att anställa Cooley. Cooley slutade därför hos Industrial Development på grund av påstådd ohälsa, varpå han anställdes hos den statliga myndigheten för att utföra de uppgifter som Industrial Development hade tänkt sig utföra. Domstolen ansåg att Cooley brutit mot sin lojalitetsplikt genom att han lösgjorde sig från sina förpliktelser mot bolaget, så att han var fri att för egen vinning utnyttja information rörande expansionen som han fått kännedom om under tiden han var anställd i bolaget. Den vinst som uppstått till följd av utnyttjandet av informationen, skulle således tillkomma Industrial Development. Det faktum att Industrial Development förmodligen ändå inte hade kunnat utnyttja

¹¹³ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 562.

¹¹⁴ Se CA 2006, s 172.

¹¹⁵ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 182.

¹¹⁶ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 562.

¹¹⁷ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 562.

¹¹⁸ [1972] 2 All E.R. 162, hädanefter Cooley. För ett liknande fall, se *Canadian Aero Service Ltd v. O'Malley*, [1973] 40 D.L.R. (3d) 371, Can. SC, hädanefter Canaero.

¹¹⁹ Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, 1989, s. 332.

möjligheten även om Cooley inte brutit mot sin lojalitetsplikt, hade ingen betydelse för bedömningen.

Att en styrelseledamot eller verkställande direktör för egen vinning utnyttjar en affärsmöjlighet som ursprungligen var tänkt för bolaget, är således ett brott mot lojalitetsplikten. Detta även om bolaget ändå inte hade haft möjlighet att genomföra affären. Om bolaget däremot avböjer affärsmöjligheten är den naturligtvis fri för ledamot av bolagsledningen att utnyttja för egen del.¹²⁰

Att ledamoten var i god tro om att utnyttjandet av en affärsmöjlighet för egen del inte skulle skada bolagets intresse, är inte tillräckligt för att ledamoten ska undgå ansvar.¹²¹ Det faktum att bolaget faktiskt inte hade tänkt tillgodogöra sig möjligheten oavsett, saknar även det betydelse för bedömningen.¹²²

5.2.4 Bhullar v Bhullar¹²³

Ett av de mest intressanta rättsfallen från senare engelsk rättspraxis är *Bullar*:

Två familjer hade tillsammans startat ett fastighetsbolag. Efter att osämja uppstått mellan familjerna, informerade den ena familjen (som var den kärende parten i målet) den andra familjen (svarande) om att de inte ville att bolaget skulle förvärva några fler fastigheter. Efter detta beslut fick ledamöterna som var svarande i målet, av en slump och utan att förlita sig på någon konfidentiell information, kännedom om att en fastighet som angränsade till en av bolagets fastigheter var till salu, varpå de förvärvade fastigheten för egen del. Kärende, som vann målet, hävdade att möjligheten att förvärva fastigheten skulle ha gjorts tillgänglig för bolaget, då den angränsade fastigheten skulle ha ökat värdet på bolagets fastighet betydligt.

Bhullar är anmärkningsvärt av flera anledningar. Det har, bland annat, ansetts att rättsfallet verkar föra engelsk rätt närmare den amerikanska rättens ”line of business test”.¹²⁴ Om en affärsmöjlighet faller inom bolagets hittillsvarande verksamhet, eller faller inom ett område där bolaget aktivt eftersöker en specifik typ av affärsmöjlighet, tillhör affärsmöjligheten således bolaget. Detta även om ingen tillgång eller information tillhörande bolaget har

¹²⁰ Pennington, Robert R., *Directors' Personal Liability*, 1987, s. 49-50.

¹²¹ *Bordman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 46, hädanefter *Bordman*. Se även Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 559.

¹²² Se till exempel *Bordman*.

¹²³ [2003] 2 B.C.L.C. 241, CA, hädanefter *Bhullar*.

¹²⁴ Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 566.

använts av ledamoten för att erhålla affärsmöjligheten.¹²⁵ Av den anledningen har rättsfallet ansetts innebära en betydande utvidgning av begreppet corporate opportunity, såtillvida att ett större antal affärsmöjligheter nu kommer att anses som tillhörande bolaget.¹²⁶

5.3 Tillstånd att utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget

Om utnyttjandet av en affärsmöjlighet för egen del inte innebär en konflikt med bolagets intresse, är självklart ledamoten fri att utnyttja den utan att det föreligger något brott mot lojalitetsplikten.¹²⁷ För att en ledamot i bolagsledningen, för egen del, ska kunna utnyttja en affärsmöjlighet som innebär eller kan innebära att han eller hon råkar i en intressekonflikt med bolaget, krävs det att affären godkänns av bolagets styrelse.¹²⁸ Om något tillstånd inte getts av styrelsen innan utnyttjande av möjligheten, får frågan om ledamoten brutit sin lojalitetsplikt avgöras av aktieägarna.¹²⁹ Det är således möjligt för en ledamot att erhålla godkännande för affären i efterhand.

5.4 Avslutande kommentar

Utvecklingen i den engelska rättspraxisen har lett till att ett större antal affärsmöjligheter har ansetts vara sådana som tillhör bolaget.¹³⁰ Samtidigt har CA 2006 gjort det lättare för en ledamot av bolagsledningen att erhålla bemyndigande från bolaget att utnyttja möjligheten för egen del.¹³¹ Detta är en utveckling som i den engelska juridiska litteraturen har ansetts som önskvärd.¹³² I den juridiska litteraturen har det hävdats att engelsk rätt avseende läran om corporate opportunities är alltför strikt och behöver moderniseras, och att den

¹²⁵ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 566.

¹²⁶ Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 566.

¹²⁷ CA 2006, s 175(4a).

¹²⁸ Se CA 2006, s 175(4b). I s 175(5-6) i samma lag ges direktiv för hur ett sådant godkännande ska inhämtas, beroende på om bolaget är privat eller publikt, samt vissa giltighetskrav.

¹²⁹ CA 2006, s 239(2)(a).

¹³⁰ Se främst Bhullar.

¹³¹ CA 2006, s 175 (5-6).

¹³² Se bland annat Davies, *Gover and Davies' Principles of Modern Company Law*, 2008, s. 566.

amerikanska rätten i detta avseende bör vara vägledande då den ger en mer flexibel rättstillämpning.¹³³

¹³³ Se Kershaw, David, *Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 25 (2005), s. 603-627.

6 Avslutande diskussion

6.1 Inledande kommentarer

Som framgått av uppsatsen har problematiken kring förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör behandlats utförligt i anglosaxisk rätt, till skillnad från i svensk rätt. Skillnaderna i behandlingen av läran mellan de anglosaxiska rättssystemen och det svenska kan främst förklaras av de kulturella skillnaderna som finns mellan rättssystemen. I de anglosaxiska rättsordningarna preciseras styrelseledamot och verkställande direktörs plikter vanligtvis mycket utförligt genom avtal. I den svenska rätten bygger förhållandet mellan ledningen i ett aktiebolag och aktieägarna till stor del på det förtroende ägarna har för ledningen. Det har därför hittills inte ansetts nödvändigt att genom avtal närmare ange de plikter som åvilar en ledamot av bolagsledningen.

Eftersom det svenska avtalsförfattandet på senare år har influerats allt mer av den anglosaxiska avtalsskrivningstraditionen, vilken kan tyckas innebära att i avtalet försöka reglera alla eventuella situationer som kan möjligen kan uppstå mellan parterna, kommer läran om corporate opportunity förmodligen att behandlas i allt större utsträckning även i den svenska rätten framöver.

Läran om corporate opportunities är väl utvecklad i både amerikansk och engelsk rätt, främst i amerikansk rätt där den behandlats utförligt i både rättspraxis och den juridiska litteraturen. Vägledning för vilka affärsmöjligheter som enligt svensk rätt ska anses tillhöra bolaget, bör därför främst sökas ur den amerikanska rätten. En annan omständighet som stödjer denna åsikt är att utvecklingen av läran om corporate opportunity i senare engelsk rättspraxis innebär att den allt mer verkar närmar sig läran såsom den utvecklats i den amerikanska rättsordningen.

För att närmare kunna avgöra innebörden av förbudet måste det främst avgöras vilka affärsmöjligheter som omfattas av förbudet.

6.2 Vilka affärsmöjligheter omfattas av förbudet?

Att en affärsmöjlighet tillhör bolaget innebär att styrelseledamot och verkställande direktör är förbjudna att utnyttja den för egen del. Det har i svensk rätt uttalats ett klart fall när en affärsmöjlighet tillhör bolaget. Det är då bolaget har inlett förhandlingar om någon affär, när erbjudandet om affären uttryckligen framställts till styrelseledamot eller verkställande direktör i dennes egenskap av ledamot av bolagsledningen. Det finns således två krav för

att en sådan situation ska anses föreligga. För det första är kravet att affärsmöjligheten uttryckligen har presenterats för ledamoten i hans eller hennes ställning i bolaget. Kriteriet måste anses innebära att den part som erbjöd affärsmöjligheten till ledamoten, gjorde det med avsikten att ingå en affär med bolaget som motpart, inte ledamoten. Varför skulle denne annars uttryckligen framställa erbjudandet till ledamoten i dennes ställning som ledamot av bolaget? För det andra ska bolaget, efter att erbjudandet framställts, ha inlett förhandlingar om den aktuella affären. Först då skulle det vara helt klart att affärsmöjligheten tillhör bolaget.

Vad avser kriteriet att erbjudandet om affärsmöjligheten ska ha framställts till ledamoten i dennes ställning som ledamot av bolagsledning, och således inte till ledamoten som privatperson, får det anses gå utöver vad som är nödvändigt för att en affärsmöjlighet ska anses tillhöra bolaget. Att styrelseledamot eller verkställande direktör fått kunskap om en affärsmöjlighet genom sin ställning som ledamot av bolagsledningen, är i både amerikansk och engelsk rätt tillräckligt för att det ska vara klart att möjligheten tillhör bolaget. Något faktiskt erbjudande krävs inte enligt dessa rättsordningar, utan det räcker med att ledamoten fått kännedom om affärsmöjligheten genom sin ställning i bolaget. Detsamma måste anses gälla även i svensk rätt.

Enbart den omständigheten att bolaget har inlett förhandlingar om en viss affär, borde utgöra ett klart fall när en affärsmöjlighet tillhör bolaget. Att ledamot i bolagsledningen är förhindrad att för egen del utnyttja en affärsmöjlighet som bolaget redan förhandlar om, torde vara självklart. Om bolaget inlett förhandlingar om en viss affär, borde den rimligtvis vara av intresse för bolaget och därmed tillhöra bolaget, inte ledamoten. Enligt den lojalitetsplikt som åvilar ledningen i ett bolag ska styrelseledamot och verkställande direktör främja bolagets intresse, vilket är att generera vinst åt aktieägarna. Om bolaget har inlett förhandlingar om en affär som potentiellt kan ge vinst till fördelning mellan aktieägarna, är det således ledamotens plikt att försöka tillvarata affärsmöjligheten för bolaget. Att en ledamot i en sådan situation utnyttjar möjligheten för egen del, får anses vara ett brott mot dennes lojalitetsplikt. Ledamoten får i detta avseende anses ha en plikt att informera bolaget om affärsmöjligheter som är av intresse för bolaget.

Som har uttryckts i den juridiska litteraturen, får gränsen för vad som utgör ett klart fall när en affärsmöjlighet ska tillhöra bolaget, anses som alltför snäv. Det ska visserligen noteras att dessa krav innebär just att det är ett *klart* fall, det kan således även finnas andra

situationer när en affärsmöjlighet anses tillhöra bolaget. Enligt författaren är det dock uppenbart att de två kriterier var för sig utgör ett klart fall när affärsmöjligheten ska tillhöra bolaget. De båda omständigheterna är således inte beroende av varandra, utan är att anse som *två* klara fall när en affärsmöjlighet tillhör bolaget.

I svensk rätt har det i den juridiska litteraturen även uttalats att det inte under några omständigheter är tillåtet för ledamot av bolagsledningen att för egen del utveckla en affärsmöjlighet med hjälp av personal och tillgångar som tillhör bolaget. Denna åsikt stödjer författaren av den anledningen att det i svensk rätt finns ett förbud mot att ledamot i bolagsledningen utnyttjar bolagets tillgångar för privat bruk. Att för egen del utveckla en affärsmöjlighet med hjälp av bolagets tillgångar måste därför anses vara förbjudet i svensk rätt.

En svårare fråga är vad som gäller när en styrelseledamot eller verkställande direktör fått kännedom om en affärsmöjlighet i egenskap av privatperson, inte som ledamot av bolagsledningen. Har ledamoten då en skyldighet att informera bolaget om affärsmöjligheten eller är han eller hon fri att genomföra affären för egen räkning?

Läran om corporate opportunity, så som den utvecklats i både amerikansk och engelsk rätt, innefattar inget allmänt förbud mot att en styrelseledamot eller verkställande direktör utnyttjar en affärsmöjlighet som han eller hon fått kunskap om som privatperson. Tvärtom kan denna omständighet tyda på att affärsmöjligheten inte ska anses tillhöra bolaget. Om utnyttjandet innebär att ledamotens intresse råkar i konflikt med bolagets, är det dock inte säkert att ledamoten är fri att genomföra affären för egen räkning. Att en sådan intressekonflikt uppstår kan bero på att affärsmöjligheten faller inom bolagets verksamhetsområde, varpå ledamoten är förbjuden att utnyttja den. I engelsk rätt finns en allmän princip som innebär att styrelseledamot och verkställande direktör har en plikt att inte försätta sig i en situation där dennes personliga intressen riskerar att hamna i konflikt med bolagets. Någon liknande princip för ledamot av bolagsledningen finns emellertid inte i varken amerikansk eller svensk rätt. Om en affärsmöjlighet faller inom bolagets verksamhetsområde, är således ledamoten förbjuden att utnyttja möjligheten, oavsett om han eller hon fått kännedom om den i egenskap av privatperson. Frågan är vilka möjligheter som ska anses falla inom bolagets verksamhetsområde.

6.3 Vilka affärsmöjligheter ska anses falla inom bolagets verksamhetsområde?

Ett användbart verktyg för att avgöra om en affärsmöjlighet faller inom bolagets verksamhetsområde är verksamhetsföremålet i bolagsordningen. Om en affärsmöjlighet inte omfattas av verksamhetsföremålet, ska den således vara fri för styrelseledamot eller verkställande direktör att utnyttja för egen vinning. Affärsmöjligheten anses då inte tillhöra bolaget. Eftersom aktiebolag ofta har ett allmänt utformat verksamhetsföremål, blir dock en konsekvens av detta att praktiskt taget alla affärsmöjligheter kommer att anses tillhöra bolaget, även sådana som bolaget inte skulle ha ekonomiska eller praktiska möjligheter att tillvarata. Enbart verksamhetsföremålet kan således inte ligga till grund för bedömningen av om en affärsmöjlighet ska anses falla inom bolagets verksamhetsområde, utan varje enskilt fall får bedömas för sig. Så är även fallet i amerikansk rätt.

I amerikansk rätt sker numera i varje enskilt fall en helhetsbedömning som syftar till att avgöra om det är skäligt att bolaget utnyttjar möjligheten. Utgångspunkten för bedömningen är kopplingen mellan affärsmöjligheten och den verksamhet som bolaget bedriver. Det ställs inga högre krav på styrkan hos kopplingen, utan det är tillräckligt att det finns någon koppling mellan dessa. Även i svensk rätt får det anses finnas ett krav på en koppling mellan affärsmöjligheten och den verksamhet som bedrivs. Om det inte finns någon koppling mellan affärsmöjligheten och verksamhetsföremålet i bolagsordningen, innebär det således att affärsmöjligheten inte faller inom bolagets verksamhetsområde.

Förutom kravet på koppling mellan affärsmöjligheten och bolagets verksamhet, har det i den amerikanska rättspraxisen angetts flera omständigheter som bör beaktas. Dessa omständigheter överensstämmer i stort med de grunder som i den svenska juridiska litteraturen har ansetts betydande för bedömningen av om en affärsmöjlighet ska tillhöra bolaget. Om det finns en koppling mellan affärsmöjligheten och den verksamhet som bolaget bedriver, bör således följande beaktas:

- bolagets intresse av eller förväntan om att kunna utnyttja affärsmöjligheten,
- bolagets ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten,
- om affärsmöjligheten är tillgänglig för bolaget att utnyttja
- hur styrelseledamoten eller verkställande direktören fått kännedom om affärsmöjligheten,
- de praktiska fördelar som affärsmöjligheten innebär för bolaget

Utifrån dessa omständigheter får således en helhetsbedömning göras för att avgöra om affärsmöjligheten faller inom bolagets verksamhetsområde.

Enligt engelsk rätt saknar det betydelse om bolaget hade ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten. Att så inte är fallet i svensk rätt framgår av det faktum att bolagets ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten är en av de grunder som i den svenska juridiska litteraturen uttalats ha betydelse för bedömningen av om affärsmöjligheten ska tillhöra bolaget. Att någon sådan regel inte föreligger i amerikansk rätt stödjer denna ståndpunkt ytterligare.

I senare engelsk rättspraxis har det framgått att en affärsmöjlighet ska anses tillhöra bolaget om den antingen faller inom bolagets verksamhetsområde *eller* faller inom ett område där bolaget aktivt eftersöker en specifik typ av affärsmöjlighet. Som tidigare nämnts ska utgångspunkten vid bedömningen av om en affärsmöjlighet tillhör bolaget vara verksamhetsföremålet i bolagsordningen. Teoretiskt sett skulle detta kunna gälla även i svensk rätt, frågan blir beroende av vad som ansetts som föremålet för verksamheten.

Förbudet för ledamot av bolagsledningen att utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget är inte absolut. Om bolaget väljer att avstå från att utnyttja en affärsmöjlighet får den anses fri för ledamot att utnyttja, det vill säga så länge utnyttjandet inte innebär att ledamoten blir en konkurrent till bolaget. En ledamot kan även erhålla tillstånd från bolaget att utnyttja affärsmöjligheten för egen del.

6.4 Bör skillnad göras mellan privata och publika bolag och bör graden av ledamotens sysselsättning ha någon betydelse?

I amerikansk rätt görs vid tillämpningen av läran om corporate opportunity skillnad mellan heltids- och deltissysselsatta ledamöter av bolagsledningen. Avseende frågan om detta även bör gälla enligt svensk rätt, ska det uppmärksammas att ABL inte gör någon skillnad mellan heltids- och deltidsverksam ledamot. Författarens åsikt är därför att graden av sysselsättning inte har någon betydelse för innebörden av förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja affärsmöjligheter som faller inom bolagets verksamhetsområde eller i övrigt kan anses tillhöra bolaget. Denna åsikt har även stöd i den svenska juridiska litteraturen.¹³⁴

¹³⁴ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2008, s. 185.

Vad gäller frågan om skillnad bör göras mellan privata och publika bolag är det däremot enligt författaren klart att en sådan skillnad bör göras i den svenska rätten, precis som är fallet i den amerikanska. Anledningen till att en skillnad bör göras mellan dessa bolag är att delägarna i privata bolag har betydligt större möjlighet till insyn och övervakning av ledningen än delägarna i publika bolag. I privata bolag fattar ofta samtliga delägare gemensamt beslut som rör bolagets verksamhet. Möjligheterna för enskilda delägare att tillskansa sig fördelar på bolagets bekostnad är därför minimal.

I publika bolag däremot är det vanligt att en långtgående beslutanderätt överförs från aktieägarna till ledningen. Detta får som konsekvens att det blir svårare för aktieägarna att övervaka ledningen. Det innebär också en risk att en ledamot av bolagsledningen använder de befogenheter han eller hon blivit tilldelad för att gynna sina egna intressen. Med anledning av detta bör skillnad göras mellan ledamot av ledningen i ett privat respektive ett publikt bolag vad avser förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja en affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhet.

7 Slutsats

Förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja en affärsmöjlighet som omfattas av bolagets verksamhetsområde eller i övrigt kan anses tillhöra bolaget har inte rönt någon större uppmärksamhet i svensk rätt. Förbudet, som i amerikansk rätt benämns läran om corporate opportunity, har dock behandlats i betydande utsträckning i de anglosaxiska rättsordningarna, framförallt i den amerikanska rättsordningen. Vid en utredning av förbudets innebörd enligt svensk rätt, får således vägledning hämtas från främst amerikansk rätt, men även från engelsk rätt.

Det finns två klara fall i svensk rätt när en affärsmöjlighet tillhör bolaget. Det är när bolaget inlett förhandlingar om en affär och när erbjudandet om affären uttryckligen framställts till styrelseledamot eller verkställande direktör i dennes egenskap av ledamot av bolagsledningen. Erbjudandet om affären behöver inte nödvändigtvis framställas till ledamoten, det räcker om han eller hon fått kännedom om affärsmöjligheten i sin ställning som ledamot i bolagsledningen. En affärsmöjlighet som ledamoten fått kunskap om i egenskap av privatperson, är ledamoten fri att utnyttja för egen vinning. Om en affärsmöjlighet faller inom bolagets verksamhetsområde, är styrelseledamot eller verkställande direktör förbjuden att utnyttja den, oavsett om ledamoten fått kännedom om den som privatperson. Det är inte under några omständigheter tillåtet för en ledamot av bolagsledning att för egen del utveckla en affärsmöjlighet med hjälp av personal och tillgångar som tillhör bolaget.

Den kanske mest grundläggande frågan avseende läran om corporate opportunities är vilka affärsmöjligheter som ska anses falla inom bolagets verksamhetsområde. Avgörande för denna fråga enligt svensk rätt är verksamhetsföremålet i bolagsordningen. Det måste finnas någon koppling mellan affärsmöjligheten och verksamhetsföremålet för att affärsmöjligheten ska tillhöra bolaget. Det räcker dock inte att en sådan koppling föreligger, i varje enskilt fall måste en helhetsbedömning göras. Att beakta vid en sådan bedömning är till exempel om bolaget hade ekonomiska möjligheter att utnyttja affärsmöjligheten, bolagets intresse eller förväntan om att kunna utnyttja affärsmöjligheten, om affärsmöjligheten är tillgänglig för bolaget att utnyttja och hur styrelseledamoten eller verkställande direktören fått kännedom om affärsmöjligheten.

Förbudet för ledamot av bolagsledningen att utnyttja en affärsmöjlighet som tillhör bolaget är inte absolut. Om bolaget väljer att avstå från att utnyttja en affärsmöjlighet eller ger

ledamoten tillstånd att utnyttja den för egen del, får affärsmöjligheten anses fri för ledamoten att utnyttja.

Avseende förbudet för styrelseledamot och verkställande direktör att utnyttja en affärsmöjlighet som faller inom bolagets verksamhet bör i svensk rätt skillnad göras mellan ledamot av ledningen i ett privat respektive ett publikt aktiebolag. Förbudet bör tolkas mer strikt vad gäller ledamot av ledningen i ett publikt bolag än i ett privat. Däremot bör ingen skillnad göras vad gäller heltids- och deltidsverksam ledamot, utan de borde omfattas av samma plikter.

Referenslista

Nationell rätt

Svensk lagstiftning

Aktiebolagslag (2005:551)

Propositioner

Prop. 1975:103, med förslag till ny aktiebolagslag m.m

Utländsk rätt

Amerikansk rätt

Rättspraxis

Broz v. Cellular Information Systems, Inc., 673 A.2d 148 (1996)

Burg v. Horn, 380 F. 2d 897 (1967)

Demoulas v. Demoulas Super Markets, Inc., 677 N.E.2d 159 (1997)

Dodge v. Ford Motor Co, 170 N.W. 688 (1919)

Guth v. Loft, 5 A. 2d 503 (1939)

Johnston v. Green, 121 A.2d 919 (1956)

Miller v. Miller, 301 Minn. 207, 222 N.W.2d 71 (1974)

Science Accessories Corp. v. Summagraphics Corp., 425 A. 2d 957 (1980)

Engelsk rätt

Lagstiftning

Companies Act 2006 (c 46)

Rättspraxis

Bhullar v. Bhullar, [2003] 2 B.C.L.C. 241, CA

Bordman v. Phipps, [1967] 2 A.C. 46

Canadian Aero Service Ltd v. O'Malley, [1973] 40 D.L.R. (3d) 371, Can. SC

Industrial Development v. Cooley, [1972] 2 All E.R. 162

Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver, [1942] 1 All ER 378

Litteratur

American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994

Andersson, Jan, Kapitalskyddet i aktiebolag – En lärobok, uppl. 5, LitteraturCompagniet AB, Stockholm 2005

Bergström, Claes och Samuelsson, Per, Aktiebolagets grundproblem, uppl. 3, Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2009

Brudney, Victor & Clark, Robert, Charles, A New Look At Corporate Opportunities, Harvard Law Review, Vol. 94 (1981), s. 997-1062

Chew, Pat K., Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine, North Carolina Law Review, Vol. 67 (1988), s. 435-502

Davies, Paul L, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 8th ed., Sweet and Maxwell Ltd, 2008

Dotevall, Rolf, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, akademisk avhandling, Nordstedts Förlag, Malmö 1989

Dotevall, Rolf, Bolagsledningens skadeståndsansvar, uppl. 2, Nordstedts juridik AB, Vällingby 2008

Hamilton, Robert W. & Booth, Richard A., Corporations, 5th ed., Thomson/West, 2006

Referenslista

Kershaw, David, Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 25 (2005), s. 603-627

Knauss, Robert L., Corporate Governance – A Moving Target, Michigan Law Review, Vol. 79 (1979), s. 478-500

Pennington, Robert R., *Directors' Personal Liability*, BSP Professional Books, 1987

Sandström, Torsten, Svensk aktiebolagsrätt, uppl. 3, Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2010

Scott, Struan, The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Argument, Modern Law Review, Vol. 66 (2003), s. 852-869

Tiberg, Hugo och Dotevall, Rolf, Mellanmansrätt, uppl. 9, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1997

Bilaga I

Companies Act 2006 (c 46)

Section 175 Duty to avoid conflicts of interest

(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).

(3) This duty does not apply to a conflict of interest arising in relation to a transaction or arrangement with the company.

(4) This duty is not infringed-

(a) if the situation cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest; or

(b) if the matter has been authorised by the directors.

(5) Authorisation may be given by the directors-

(a) where the company is a private company and nothing in the company's constitution invalidates such authorisation, by the matter being proposed to and authorised by the directors; or

(b) where the company is a public company and its constitution includes provision enabling the directors to authorise the matter, by the matter being proposed to and authorised by them in accordance with the constitution.

(6) The authorisation is effective only if-

(a) any requirement as to the quorum at the meeting at which the matter is considered is met without counting the director in question or any other interested director, and

(b) the matter was agreed to without their voting or would have been agreed to if their votes had not been counted.

(7) Any reference in this section to a conflict of interest includes a conflict of interest and duty and a conflict of duties.

Bilaga 2

American Law Institute: Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994.

§ 5.05 Taking Of Corporate Opportunities By Directors Or Senior Executives

(a) *General Rule.* A director [§ 1.13] or senior executive [§ 1.33] may not take advantage of a corporate opportunity unless:

(1) The director or senior executive first offers the corporate opportunity to the corporation and makes disclosure concerning the conflict of interest [§ 1.14(a)] and the corporate opportunity [§ 1.14(b)];

(2) The corporate opportunity is rejected by the corporation; and

(3) Either:

(A) The rejection of the opportunity is fair to the corporation;

(B) The opportunity is rejected in advance, following such disclosure, by disinterested directors [§ 1.15], or, in the case of a senior executive who is not a director, by a disinterested superior, in a manner that satisfies the standards of the business judgment rule [§ 4.01(c)]; or

(C) The rejection is authorized in advance or ratified, following such disclosure, by disinterested shareholders [§ 1.16], and the rejection is not equivalent to a waste of corporate assets [§ 1.42].

(b) *Definition of a Corporate Opportunity.* For purposes of this Section, a corporate opportunity means:

(1) Any opportunity to engage in a business activity of which a director or senior executive becomes aware, either:

(A) In connection with the performance of functions as a director or senior executive, or under circumstances that should reasonably lead the director or senior executive to believe that the person offering the opportunity expects it to be offered to the corporation; or

(B) Through the use of corporate information or property, if the resulting opportunity is one that the director or senior executive should reasonably be expected to believe would be of interest to the corporation; or

(2) Any opportunity to engage in a business activity of which a senior executive becomes aware and knows is closely related to a business in which the corporation is engaged or expects to engage.

(c) *Burden of Proof.* A party who challenges the taking of a corporate opportunity has the burden of proof, except that if such party establishes that the requirements of Subsection (a)(3)(B) or (C) are not met, the director or the senior executive has the burden of proving that the rejection and the taking of the opportunity were fair to the corporation.

(d) *Ratification of Defective Disclosure.* A good faith but defective disclosure of the facts concerning the corporate opportunity may be cured if at any time (but no later than a reasonable time after suit is filed challenging the taking of the corporate opportunity) the original rejection of the corporate opportunity is ratified, following the required disclosure, by the board, the shareholders, or the corporate decisionmaker who initially approved the rejection of the corporate opportunity, or such decisionmaker's successor.

(e) *Special Rule Concerning Delayed Offering of Corporate Opportunities.* Relief based solely on failure to first offer an opportunity to the corporation under Subsection (a)(1) is not available if: (1) such failure resulted from a good faith belief that the business activity did not constitute a corporate opportunity, and (2) not later than a reasonable time after suit is filed challenging the taking of the corporate opportunity, the corporate opportunity is to the extent possible offered to the corporation and rejected in a manner that satisfies the standards of Subsection (a).