

Sammanfattning av möte avseende second opinion

Till	Brf Vita Stränder
Från	Advokat Johanna Peterson Tell
Datum	8 augusti 2021
Saken	Analys av risker och möjligheter vid ett överklagande av tingsrättens dom i mål nr T 9586-18

I. Kort om byggmästarbildad interimsstyrelse

En byggmästarbildad interimsstyrelse bildas av byggbolag när det ännu inte finns några boende medlemmar. Eftersom en byggmästarbildad interimsstyrelse vanligtvis består av medlemmar med anknytning till byggbolaget kan det få till konsekvens att föreningens bästa inte tillvaratas och att lojalitetsplikten åsidosätts. Detta då besluten fattats med samtliga medlemmars, d.v.s. de som tillsatts av byggbolaget, samtycke.

Högsta domstolen har i NJA 2013 s. 117 konstaterat att det inte föreligger något hinder mot att en byggmästarbildad interimsstyrelse fattar beslut som är till nackdel för framtida medlemmar i föreningen. Eftersom framtida medlemmar inte är faktiska medlemmar i föreningen förrän deras respektive medlemskap beviljats, kan de inte heller påverka den byggmästarbildade interimsstyrelsens beslut. Detta, i kombination med att beslut fattats med samtliga medlemmar i den byggmästarbildade interimsstyrelsens samtycke, försvårar möjligheten att driva en skadeståndsprocess vid misstänkt uppsåt eller underlåtenhet.

Tingsrätten har visserligen noterat i sina domskäl att dessa förutsättningar ska genomsyra bedömningen av framförallt frågorna gällande den f.d. styrelsens potentiella oaktsamhet och/eller uppsåt samt skadeståndsansvar. Tingsrätten har dock inte motiverat sina domskäl utifrån dessa omständigheter, varför det är svårt att följa om, och i så fall på vilket sätt, deras bedömning utgått från dessa förutsättningar.

- Enligt min bedömning utgör dock dessa omständigheter den största risken vid ett potentiellt överklagande till hovrätten, eftersom det riskerar att underminera den potentiella oaktsamheten och/eller uppsåtet i samtliga de beslut som fattats när styrelsen utgjort en byggmästarbildad interimsstyrelse.
- För att gardera ett överklagande kan en uppdelning göras mellan perioden då styrelsen utgjorde byggmästarbildad interimsstyrelse och perioden då styrelsen utgjorde ordinarie styrelse. På så vis kan

åtminstone de beslut som fattats av ordinarie styrelse potentiellt leda till ett skadeståndsansvar om ledamöterna enligt hovrättens bedömning varit oaktsamma eller handlat med uppsåt. Kraven som ställs för skadeståndsskyldighet till följd av oaktsamhet eller uppsåt i 21 kap. 1 § i lagen om ekonomiska föreningar är dock högt ställda och därför svåra i sig att uppnå, även i fråga om ansvar för en ordinarie styrelse.

2. Tingsrättens dom

2.1 Talan mot Petronella Ericson

- Möjligheten till bifall i denna fråga förutsätter att Brf Vita Stränder kan visa att processförutsättningarna är uppfyllda, d.v.s. att stämlobehandling skett av frågan om Ericsons ansvarsfrihet för sin tid som ledamot i styrelsen. Tingsrätten har fäst stor vikt vid den av motparten åberopade muntliga bevisningen samt föreliggande mötesprotokoll.
- I det rättsfall som tingsrätten hänvisat till i sina domskäl, NJA 1990 s. 286, framgår att innehållet i ett justerat protokoll äger vitsord *om bevisningen ej säger annat*. Brf Vita Stränder har åberopat tämligen omfattande skriftlig bevisning till stöd för att ansvarsomröstningen vid stämman avseende år 2015 omfattade hela styrelsen. Dock verkar stämmoprotokollet från årsstämman avseende år 2015 uttryckligen ange specifika personer i styrelsen som ansvarsomröstningen omfattat. Denna omständighet försvårar sannolikt möjligheterna till framgång i denna fråga vid ett överklagande.
- Brf Vita Stränder har enligt min bedömning inget att förlora rent juridiskt på att överklaga denna fråga. Skulle hovrätten finna att Ericson omfattats av ansvarsomröstningen och därmed inte beviljats ansvarsfrihet, blir hon sannolikt solidariskt ansvarig tillsammans med övriga f.d. styrelsemedlemmar, vilket i sin tur kan öka sannolikheten för Brf Vita Stränder att få ersättning vid vinst i hovrätten.

2.2 Jävsfrågan

- Enligt min bedömning bör den aktuella situationen omfattas av jävsförbudet för styrelseledamot som framgår av 7 kap. 23 § i lagen om ekonomiska föreningar. Tingsrätten menar dock att Brf Vita Stränder inte tillräckligt konkretiserat Mikael Palmqvists väsentliga intresse i Modular som strider mot Brf Vita Stränders intresse. Att Palmqvist själv köpt en lägenhet i föreningen och att jäv därmed inte kan föreligga är enligt min mening direkt felaktigt argument från tingsrättens sida, eftersom jäv i så fall aldrig skulle kunna förekomma i en bostadsrättsförening.

- Även om Palmqvists väsentliga intressen i Modular skulle kunna konkretiseras vid ett överklagande till hovrätten, och därmed även visa en jävssituation, är den största risken i denna fråga enligt min analys hur hovrätten bedömer Mikael Palmqvists potentiella jäv i förhållande till att han varit ledamot i en byggmästarbildad interimsstyrelse. Med hänsyn till syftet med en sådan styrelse, och då den är bildad av byggbolaget självt, föreligger jäv automatiskt per definition och kan därför svårligen föranleda skadeståndsansvar.
- Framgång i hovrätten avseende jävsfrågan är således avhängig hovrättens bedömning av huruvida jävssituationen uppstått när Mikael Palmqvist agerat i egenskap av ledamot i den byggmästarbildade interimsstyrelsen eller som ledamot av ordinarie styrelse.

2.3 Fullgörandeförsäkringen

- Det har visserligen ålegat Modular, och inte den f.d. styrelsen, enligt parternas entreprenadkontrakt att tillse att fullgörandeförsäkring tecknats. Detta i sig kan vara skäl nog för att frågan inte vinner bifall i hovrätten. Det har dock legat i föreningens intresse att försäkringen tecknats, och det är ur denna aspekt den f.d. styrelsens ansvar är intressant.
- Passivitet är i huvudregel inte oaktsamt. För oaktsamhet krävs en aktiv handling, alternativt att en plikt underlåtit som ålegat parten.
- Enligt uppgift upptäckte den f.d. styrelsen i november 2015 att fullgörandeförsäkring inte tecknats, d.v.s. under den period då styrelsen utgjorde byggmästarbildad interimsstyrelse. Beroende på hovrättens bedömning av den byggmästarbildade interimsstyrelsens handlingsfrihet kan därför även denna fråga möta svårigheter.
- Brf Vita Stränder kan dock argumentera för att ordinarie styrelse, som bestått av mer eller mindre samma styrelseledamöter som den byggmästarbildade interimsstyrelsen, varit medvetna om att någon fullgörandeförsäkring inte tecknats och att detta utgör en sådan underlåtelse av såväl lojalitets- som vårdnadsplikt att skadeståndsskyldighet kan komma att bli aktuellt. I detta avseende anser jag att Brf Vita Stränders framställning i tingsrätten är stark, och kan därför med fördel läggas fram även i hovrätten.
- Därutöver kan Brf Vita Stränder argumentera för att styrelsen, både under tiden som byggmästarbildad interimsstyrelse och ordinarie styrelse underlåtit att vidta åtgärder för det kontraktsbrott som Modular begått genom att inte teckna fullgörandeförsäkringen. Även detta kan utgöra en sådan underlåtelse av både lojalitets- och vårdnadsplikten att skadeståndsskyldighet kan komma att bli aktuellt. Att Modular inte haft ekonomiska möjligheter att betala försäkringspremien borde även i sig

ha utgjort en varningsflagga för att bolaget potentiellt inte skulle kunna fullgöra parternas kontrakt.

- Avslutningsvis kan det finnas skäl att ifrågasätta tingsrättens starka tilltro till Mikael Palmqvists förhör, och att det fått så stor bäring på utgången i frågan med hänsyn till dess betydelse för den uppkomna tvisten.

2.4 Godkännandet av cut-off-klausulen

- Vid ett potentiellt överklagande till hovrätten bör fokus i denna fråga ligga på de ca 2 miljoner kronor som överdebiterats för produkterna. Varför har det skett en fördyring? Hur såg leverantörens faktura ut? Att cut-off-klausulen godkänts och produkterna betalats är möjligtvis varken oaktsamt eller uppsåtligt givet den situation som föreningen var i vid tidpunkten för betalningen. Däremot kan argumenteras för att det varit oaktsamt eller vårdslöst att betala ca 2 miljoner kronor mer än vad leverantören offererat i anbudsskedet. Detta förhållande har tingsrätten inte nämnt i sina domskäl.

2.5 Betalning till Modular

- Den förbesiktning som genomförts, och som tingsrätten lagt till grund för sin bedömning, har inte omfattat hela entreprenaden, och därför inte heller samtliga fel och brister som förelåg i entreprenaden. Vidare utgjorde den inte heller någon slutbesiktning. Någon godkänd slutbesiktning har därför inte genomförts innan kontraktssumman i dess helhet betalades. Den f.d. styrelsen har i och med detta agerat i strid mot p. 9.5 i parternas entreprenadkontrakt, vilket i sig kan utgöra en sådan underlåtelse av både lojalitets- och vårdnadsplikten att skadeståndsskyldighet kan komma att bli aktuellt.
- Under förutsättning att några ytterligare arbeten inte fakturerats föreningen, och det därmed inte är styrkt att resterande arbeten skulle uppgå till 5 % av entreprenadsumman, alternativt de 4,8 miljoner kronor som Palmqvist försäkrat föreningen skulle innehålla, är det enligt min bedömning inte visat att betalningen till Modular *inte* utgjort en slutbetalning, och att styrelsen därmed kan ha agerat oaktsamt vid utbetalningen av samtliga lyft.

3. Övrigt

- Hur stor är sannolikheten till ersättning från motparten vid vinst i hovrätten? Bedöms utsikterna till ersättning som låga föreligger enligt min mening inga större incitament att överklaga tingsrättens dom.
- Tingsrättens domskäl utelämnar viktiga delar av Brf Vita Stränders bevisning och framställning och är stundom bristfälligt formulerad, vilket kan försvåra ett accepterande av domslutet. En hovrättsprocess är dock kostsam och har uppskattats till ett mångmiljonbelopp av Brf Vita

Stränders ombud. Även detta bör Brf Vita Stränder vara beredda att betala vid en eventuell förlust, utöver det belopp inklusive ränta som Brf Vita Stränder ålagts att utbetala enligt tingsrätten.

- En hovrättsprocess är även tidskrävande och sannolikt kommer en hovrättsförhandling inte att äga rum förrän en bit in i nästa år. Det är därför viktigt att både föreningsmedlemmarna, men framförallt styrelsen, har både tiden och energin att driva saken vidare. Givet ovan nämnda risker och det höga belopp som målet avser bör processen prioriteras högt, möjligtvis till nackdel för andra projekt.
- Vilken bedömning hovrätten gör vid en prövning är svår att förutse. Högsta domstolens domskäl i NJA 2013 s. 117 försvårar visserligen möjligheten att utdöma skadeståndsansvar för beslut som fattats inom ramen för en byggmästarbildad interimsstyrelse, trots att dessa potentiellt åsidosatt lojalitetsplikten. Det bör dock understrykas att omständigheterna i målet inte är exakt desamma som i det nu aktuella, och att det inte heller prövats hur ”illojala” beslut en byggmästarbildad interimsstyrelse kan fatta utan att hållas ansvariga. Huruvida Brf Vita Stränder är villiga att pröva denna gräns är i slutändan dock en rent ekonomisk fråga.