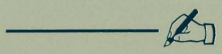
IUS Mercur

ERIK NEREP



Aktiebolagsrättslig analys

Ett tvärsnitt av nyckelfrågor

HANDELSHÖGSKOLAN
I STOCKHOLM
RÄTTSVETENSKAPLIGA INSTITUTIONEN

Skrifter nr 11

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4339

AKTIEBOLAGSRÄTTSLIG ANALYS

Erik Nerep

AKTIEBOLAGSRÄTTSLIG ANALYS

Ett tvärsnitt av nyckelfrågor

MercurIUS

Adress till förlaget:
Stiftelsen MercurIUS
Handelshögskolan i Stockholm
Rättsvetenskapliga institutionen
Box 6501
113 83 Stockholm

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundservice, 106 47 Stockholm
Fax 08-690 91 91, telefon 08-690 91 90, växel 08-690 91 00
www.njab.se

Aktiebolagsrättslig analys. Ett tvärsnitt av nyckelfrågor
Erik Nerep
ISBN 91-973587-6-2
ISSN 1104-5310
© 2003 Erik Nerep och Stiftelsen MercurIUS

Produktion: eddy.se ab, Visby 2003
Tryck: Elanders Gotab, Stockholm 2003

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Stiftelsen MercurIUS, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord och inledning

Ursprungligen var min tanke att skriva en kommentar till aktiebolagslagen. Tanken – som ännu inte övergivits – kan komma att realiseras i ett senare skede. Mera lockande föreföll mig sedermera idén, att göra ett urval av problemområden, nedslag i sådana delar av aktiebolagsrätten som jag uppfattar som särskilt komplexa och problematiska, avsnitt som erfordrar en djupare analys än vad en sedvanlig kommentar medger. Urvalet grundas till stor del på mina praktiska erfarenheter men också självfallet teoretiska insikter. Analysmetoden utgår ifrån den traditionellt rättsdogmatiska.

Med urvalet, metoden och analysen följer naturligen vissa risker; såsom ofta eljest är många slutsatser resultatet av mer eller mindre kvalificerade gissningar. Hypoteser varvas stundom med uttalanden om ett oklart rättsläge. Det är trots allt min förhoppning att analysen är logiskt sammanhängande, att slutsatserna ryms inom premisserna och att argumenteringen ligger inom rimlighetens gränser.

Såsom framgår av innehållsförteckningen, omfattar urvalet nio huvudområden, vilka i sin tur rymmer flera delavsnitt. I synnerhet gäller detta kapitel tre om tillskottsplikten, som är mycket mångfacetterad. Kapitel nio om vinstutdelningsfrågor utgör å andra sidan en pendang till mitt tidigare (1994) utgivna verk om kapitalskyddet i aktiebolag.

Genomgående har Aktiebolagskommitténs förslag till ny aktiebolagslag (SOU 2001:1) beaktats där så varit befogat. Lagförslaget väntas enligt uppgift leda till en ny lag någon gång 2004-05. Följaktligen måste så småningom en anpassning ske av den förevarande analysen till en ny aktiebolagslag. Det kan förväntas, att sådana frågor som tillhör kapitel tre om tillskottsplikten kommer att revideras ytterligare. Tids nog – när den nya lagen trätt i kraft – kommer en ny upplaga av förevarande monografi i bästa fall ut. En del av analysen och slutsatserna kommer säkerligen att justeras i samband härmed. Synpunkter emottas ytterst tacksamt. Måhända kan en diskussion om en bättre fungerande aktiebolagslag främjas på så sätt.

Ett särskilt tack riktas till Stiftelsen Företagsjuridik inför tryckningen av denna monografi. Jag är också tacksam för de insatser som Mirja Colt vid Rättsvetenskapliga institutionen vid Handelshögskolan i Stockholm har gjort. En tacksamhetens tanke riktas också till jur. stud. Denny Andersson, som i det intensiva slutskedet har biträtt med viktigt kontrollarbete. Slutligen tackar jag min kära hustru Wiweka för att hon finns.

Skanör i augusti 2003

Erik Nerep

Innehåll

Förord 5

I. Ansvarsgenombrott 13
1. Allmänt 13
2. Rättspraxis 16
3. Ansvarsgenombrottets konstitutiva element – underkapitalisering 18
4. Bolagets "osjälvständighet" 23
5. Delägarkretsen 26
6. "Otillbörlighet" eller "illojalitet" 26
7. Inom- och utomobligatoriskt ansvar 32
8. Behovet av en lagreglering om ansvarsgenombrott 33

II. Koncerndefinitionen 35
1. Allmänt 35
2. Koncernbegreppets betydelse i ABL 36
3. Moderbolaget skall vara ett svenskt aktiebolag 40
4. "Annan juridisk person" 48
5. Äga eller inneha aktier eller andelar 50
6. Om s.k. 50/50-bolag 53
7. Rösträttsmajoritet utan bestämmande inflytande 55
8. Koncernförhållande på grund av ägande och avtal (punkten 2) 57
9. Inflytande över styrelsesammansättningen (punkt 3) 66
10. Rätten att ensam utöva ett bestämmande inflytande på grund av avtal med bolaget (punkt 4) 68

11. Indirekt eller gemensamt inflytande över dotterföretag 72
12. När uppkommer ägande eller innehav i koncernrättslig mening? 76

III. Den aktiebolagsrättsliga tillskottsplikten, särskilt vid apportemission, och om den s.k. uppskjutna apporten 81
1. Allmänt 81
2. Tillskottspliktens innebörd – utrymmet för kredit 82
3. Apporttillskottspliktens fullgörande 88
3.1 Allmänt om apportbestämmelserna 88
3.2 Godtagbar apportegendom 92
3.3 Förbudet mot överlåtelse eller pantsättning av tillskottsfordran 100
3.4 Rekvisitet "tillförsel" 102
3.5 Rekvisitet "ekonomiskt värde" och värderingstidpunkt 106
3.6 Nyttorekvisitet 116
4. Uppskjuten apport 118
4.1 Allmänt om bakgrund och ändamål 118
4.2 Förvärvsavtal, förvärvsegendom och tvåårsfristen 120
4.3 Undantag 122
4.4 Ersättning motsvarande minst en tiondel av aktiekapitalet 125
4.5 Ogiltighetssanktionen, sexmånadersfristen och registreringskravet 126
5. Underkursförbudet 131
6. Kvittningsförbudet 135
7. Aktieteckningens ömsesidigt bindande verkan 139
8. Aktieteckning under beslutad nivå – underteckning 143
9. Avtalsrättslig verkan av aktieteckning och utfästelser härom 145
9.1 Bakgrund 145
9.2 Grunden till formkravet 148
9.3 Verkningarna av det av Karlgren gjorda antagandet om det "förhärskande" motivet 154
9.4 Gällande rätts förarbeten 160
9.5 Gällande rätt 163

9.6 Lagförslaget ... 167
10. Aktietecknings ogiltighet och bolagets skadeståndsansvar ... 168
11. Konsekvensbedömning av de föregående avsnitten 7, 9 och 10 ... 185
12. Avtalsrättslig verkan av prospekt samt giltigheten av prospekt- och emissionsgarantier ... 189
13. Särskilt om kvittningsemission ... 201

IV. Förvärv och överlåtelse av aktiebolags egna aktier ... 211
1. Allmänt ... 211
2. Tillämpningsområdet ... 212
3. Undantag från förbudet att förvärva egna aktier för aktiebolag i allmänhet ... 213
4. Särskilt undantag för marknadsnoterade bolag ... 219
5. Närmare om ABL 7:23–25 och särskilt s.k. omvända fusioner ... 227
6. Sanktionssystemet ... 230
7. Avyttringskravet, ogiltigförklaring av aktier och nedsättning av aktiekapital ... 237
8. Hanteringen och redovisningen av egen aktie ... 242

V. Jävsregler ... 245
1. Allmänt, särskilt till frågan om jävsreglernas tvingande eller dispositiva karaktär ... 245
2. Frågor eller ärenden inom jävsområdet ... 250
2.1 Allmänt ... 250
2.2 Styrelsearvoden och andra ersättningar ... 252
2.3 Riktade nyemissioner ... 256
2.4 Interna bolagsfrågor ... 258
3. "Handläggning" av frågan ... 259
4. Partsförhållandet och jävssituationerna ... 260
5. Särskilt bemyndigande ... 267
6. Sanktioner ... 267
7. Aktieägarjäv ... 268

VI. Likhetsgrundsatsen och generalklausulerna 271
1. Allmänt 271
2. Likhetsgrundsatsen och i ABL stadgade pluralitetskrav 272
3. Likhetsgrundsatsen vis à vis generalklausulerna 274
4. Särskilt om likhetsgrundsatsen 290
5. Särskilt om generalklausulerna 294
6. Information till aktieägarna 308
7. Sanktioner 310

VII. Klander av bolagsstämmobeslut 313
1. Allmänt 313
2. Det klanderbara bolagsstämmobeslutet 314
3. Klandergrunderna 318
4. ABL 9:40, 1 p.: Beslut i strid med tvingande bestämmelser . 323
4.1 Allmänt om tvingande och dispositiva bestämmelser ... 323
4.2 Om tvingande och dispositiva bestämmelser vid emissioner 327
4.3 Tvingande bestämmelser i övrigt 330
4.4 Sammanfattning 331
5. ABL 9:40, 2 p.: Samtycke till beslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och detta icke givits 332
6. ABL 9:40, 3 p.: Nullitet på grund av att kallelsebestämmelserna överträtts 340
7. Samtycke till formfel 343
8. Uttryckligt eller konkludent samtycke 347
9. Kausalitetsprincipen 352
10. Klanderpreskription och passivitetsverkan 357
11. Klanderrätt och klandertalan 361
12. Effekten av klandertalan 369

VIII. Om vinstutdelning 373
1. Några allmänna utgångspunkter 373
2. Terminologi 374
3. Om lovlig och olovlig, förtäckt (icke formenlig) vinstutdelning 377
4. Till frågan om när en utdelning av sakvärden utgör en "vinstutdelning" 396

5. Värdeöverföring och vinstutdelning enligt Lagförslaget 403
6. Om efterutdelning, förskottsutdelning och koncernbidrag 410
7. Nedsättning av reserv- och överkursfond jämfört med nedsättning av aktiekapital 424
8. Försiktighetsprincipen 444
9. Om återbärings- och bristtäckningsansvar 450
10. Reformeringen av utlåningsförbuden i ABL 12:7 462

IX. Tvångslikvidation på grund av aktiebolags kapitalbrist 469
1. Allmänt, bl.a. om bestämmelsernas ändamål 469
2. Allmänt om tvångslikvidationens (vid kapitalbrist) innebörd 474
3. Utlösningsmekanismerna: Skäl att antaga kapitalbrist och resultatlöst utmätningsförsök 476
4. Kontrollbalansräkningens utformning 487
5. Olika poster i kontrollbalansräkningen 496
6. Revisors granskning av kontrollbalansräkningen 508
7. Den första kontrollstämman 510
8. Kapitaltäckningen 521
9. Kapitaltäckningsgarantier 531
10. Den andra kontrollbalansräkningen och den andra kontrollstämman 536
11. Allmänt om betalningsansvaret 537
12. Ansvaret för underlåtenhet att upprätta en första kontrollbalansräkning 538
13. Ansvar för underlåtenheten att upprätta en kontrollbalansräkning i enlighet med ABL 13:13 543
14. Ansvar för underlåtenhet att kalla till första kontrollstämma 544
15. Ansvar för underlåtenhet att ansöka om likvidation 548
16. Bolagsföreträdarnas och aktieägarnas individuella ansvar ... 550
17. Nya "uppkommande förpliktelser" 562
18. Ansvarsperiodens upphörande 571

Litteraturförteckning 573

I. Ansvarsgenombrott

1. Allmänt

I aktiebolagslagens inledande portalbestämmelse stadgas, att i aktiebolag svarar delägarna ej personligen för bolagets förpliktelser (se ABL 1:1, 1 st.). Undantag från denna huvudprincip betecknas allmänt som ansvarsgenombrott. Redan i bestämmelsens andra stycke stadgas undantag för delägare i advokataktiebolag: Sådana delägare är solidariskt med bolaget ansvariga för förpliktelser mot klienter, som bolaget ådrar sig under delägandet. Härutöver stadgas i ABL en rad undantag, vilka kan föranleda direkt betalningsansvar för delägarna, t.ex. på grund av förpliktelser som uppkommit före bolagets registrering (ABL 2:13), förpliktelser i samband med tvångslikvidation (ABL 13:18) och aktieägares skadeståndansvar enligt ABL 15:3. Utanför ABL kan aktieägare ha ett sådant ansvar för t.ex. skatter och avgifter enligt skattebetalningslagen (1997:483) 12:6. Ett indirekt betalningsansvar i den meningen att ansvaret gäller vis à vis bolaget (och därmed till indirekt gagn för bolagsborgenärerna) föreligger t.ex. enligt ABL 2:2 vid emission till underkurs eller övervärdering av apportegendom, vid lagstridiga utbetalningar enligt ABL 12:2–5, vid skadeståndsskyldighet vis à vis bolaget enligt ABL 15:3 och utanför ABL enligt konkurslagens återvinningsbestämmelser (4 kap.).

Ansvarsgenombrott i *egentlig mening* innebär följaktligen att *aktieägare* blir betalningsansvariga för bolagets förpliktelser enligt t.ex. nu nämnda undantagsbestämmelser. Det är säkerligen riktigt, som har häv-

dats i den aktiebolagsrättsliga doktrinen (se bl.a. Nial, Svensk associationsrätt, 3 uppl. 1985 s. 218 ff. och senare upplagor, Rodhe, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Festskrift till Hellner 1984 s. 481 ff., Hellner, Juridiska personers skadeståndsansvar. Teori och praxis. Festskrift till Karlgren 1964 s. 166 och af Schultén, Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott). Förhandlingar vid det 30. Nordiska juristmötet, del I s. 77 ff.), att synen på ansvarsgenombrott är och har varit *restriktiv.* Huvudprincipen om delägarnas ansvarsfrihet är således grundmurad. De undantag som stipulerats i ABL och i annan lagstiftning är mycket specifika; något undantag i generella termer har icke föreskrivits. Försök till sådan generell reglering av ansvarsgenombrott har emellertid förekommit (se Betalningsansvarskommitténs betänkande, Ansvarsgenombrott m.m. SOU 1987:59). Förslaget blev emellertid aldrig omsatt till lag, sedan det granskats av Lagrådet (se Lagrådets yttrande, prop. 1990/91:198 s. 42, över förslaget, vilket yttrande får betecknas som mycket kritiskt.) I tilläggsdirektivet 1994:143 gavs Aktiebolagskommittén i uppdrag att på nytt utreda behovet av mera generella bestämmelser om ansvarsgenombrott. Efter utredning fann Aktiebolagskommittén i betänkandet SOU 2001:1, att det inte förelåg något behov av en generell reglering av ansvarsgenombrottet. Kommittén hänvisade härvid bl.a. till den skärpning av lagstiftningen och den utveckling av rättspraxis som har skett på en rad olika rättsområden, vilken rättsutveckling sammantaget var ägnad att reducera behovet av en generell reglering. Mot bakgrund härav befanns det svårt att motivera en generell regel som skulle ge möjlighet till ansvarsgenombrott i alla aktiebolag (se SOU 2001:1 s. 288). Kommitténs utredningsarbete utmynnade därför uteslutande i ett begränsat förslag till ansvarsgenombrott på miljörättens område (se SOU 2001:1 s. 290 ff.). Intrycket är att Aktiebolagskommittén härmed gör en dygd av nödvändigheten, vilket måhända är ofrånkomligt: Det är snarast en kombination av avsaknaden av ett uttalat behov och svårigheterna att formulera en träff- och rättssäker, generell regel som föranlett kommittén att avstå från att lämna ett förslag. Specifika, kasuistiskt utformade undantagsbestämmelser är att föredra framför en generalklausul om ansvarsgenombrott.

Den restriktiva synen på ansvarsgenombrott i Sverige (och inom EU-området) i jämförelse med t.ex. rättsläget i USA skall ses mot bakgrund av den myckna förekomsten av tvingande borgenärsskyddsregler i svensk aktiebolagsrätt (och inom EU-rätten). I USA är rättsläget i princip ett annat: Tvingande regler är mera sällan förekommande och tillhör närmast undantagen (märk dock att aktiebolagsrätten i USA är delstatlig och att det således härvidlag finns i princip 50 olika aktiebolagsrättsliga system, men att mycket i dessa system är gemensamt). Avsaknaden av ett lagstadgat, tvingande borgenärsskydd balanseras på så sätt i stor utsträckning av allmänna principer om ansvarsgenombrott. (Se en sammanställning av rättsutvecklingen i USA hos Moberg, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, med vidare hänvisning till amerikanska undersökningar.)

Med hänsyn härtill kan man – i vart fall såvitt gäller ansvarsgenombrott – ifrågasätta värdet av komparativrättsliga studier, som innefattar det amerikanska rättsområdet. Systemskillnaderna är alltför stora för att de principer om ansvarsgenombrott som utvecklats i USA skall kunna vara vägledande för svensk rätt. Varje, ofta översiktlig redovisning av ansvarsgenombrottet i amerikansk rätt (se SOU 1987:59 s. 60 ff. och Moberg, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder s. 84 ff.) visar med all önskvärd tydlighet att det amerikanska ansvarsgenombrottsinstitutet inte kan stå modell för det svenska rättssystemet: Principerna om ansvarsgenombrott i USA är till stor del avsedda att kompensera avsaknaden av tvingande, bolagsrättsliga bestämmelser av det slag som förekommer ymnigt i svensk och övrig europeisk rätt. Det är därför inte heller ägnat att förvåna att de komparativrättsliga studierna innefattande det amerikanska rättsområdet i olika sammanhang icke ges någon annan funktion än åskådningsexemplets. Några – ens tentativa – försök till transponering av principerna till svensk rätt har veterligen inte förekommit. Vad nu sagts gäller också till viss del komparativrättsliga studier, som inkluderar andra rättsområden. Harmoniseringen av aktiebolagsrätten inom EU kan visserligen sägas motivera en intensifiering av jämförelsearbetet. Såsom redan noterats, är skillnaderna i synen på ansvarsgenombrottet EU-staterna emellan inte särskilt påtaglig (en särlösning

inom tysk rätt för koncerner kan möjligen ge viss inspiration, se SOU 1987:59 s. 65 f. och Moberg, *op.cit.* s 117 ff. med vidare hänvisningar).

Avgörande för värdet av komparativrättsliga studier är emellertid att varje princip om ansvarsgenombrott, såsom varande i regel en generalklausul, är en normerande kompensationsformel i koncentrerad form: Generalklausulen är avsedd att kompensera för brister i rättssystemet *i sin helhet*, således inte bara inom aktiebolagsrätten. En princip om ansvarsgenombrott i svensk rätt skall följaktligen utformas icke bara med beaktande av aktiebolagsrätten, utan också annan lagstiftning som syftar till att skydda kreditmarknaden och olika borgenärsgrupper. Aktiebolagskommitténs utgångspunkt i SOU 2001:1, att behovet av en generell reglering av ansvarsgenombrottet skall ses mot bakgrund av borgenärsskyddet i övrigt i svensk rätt, är sålunda helt riktig. Det är samtidigt detta paradigm som Betalningsansvarskommittén vid utformningen av sitt förslag i SOU 1987:59 till en generalklausul om ansvarsgenombrott inte förmår urskilja. Såsom skall konstateras i det följande, har Kommittén vid utarbetandet av denna formel inte mer än ytterst översiktligt beaktat behovet av en generalklausul i ljuset av det *aktiebolagsrättsliga* borgenärsskyddet; annan borgenärsskyddande lagstiftning lämnas helt därhän.

2. Rättspraxis

Analysen och diskussionen kring principerna för ansvarsgenombrott har i den aktiebolagsrättsliga doktrinen och i utredningsarbetet i hög grad – och möjligen i alltför hög grad – kretsat kring Högsta domstolsavgörandet NJA 1947 s. 647 (se härom t.ex. sammanställningen i SOU 1987:59 s. 51 ff. och 55 ff. och Moberg s. 58 ff. och 76 ff.). Domskälen i detta rättsfall är emellertid ytterligt vaga och kasuistisk utformade, med hänvisning till ospecificerade "omständigheter" i övrigt. Genom en sådan hänvisning får Högsta domstolen anses ha markerat sin ovilja att utforma en generell princip; prejudikatvärdet av domen kan därför inte betecknas som särskilt beaktansvärt. Ett är dock säkert, nämligen att ansvarsgenombrott kan aktualiseras i andra fall än sådana som är lag-

stadgade. Förutsättningarna för ett sådant genombrott är emellertid oklara. De anvisningar som 1947 års avgörande ger är, att det förhållandena att bolaget kan karaktäriseras som aktieägarnas gemensamma verkställighetsorgan och att bolaget inte utövar någon självständig verksamhet, *kan* tillmätas betydelse vid prövningen av frågan om ansvarsgenombrott. I den aktiebolagsrättsliga doktrinen (och i lagförarbeten) har sedan försök gjorts att på grundval av de vaga domskälen i fallet formulera mera handgripliga principer (om denna litteratur se ovan och härutöver Danielsson, Aktiekapitalet s. 108 ff., Borgström, Koncernrättsliga problem 1970 s. 157 ff., Gorton, uppsats i Tidskrift för rättsvetenskap 1985 nr 2 s. 198 ff. och SOU 1993: 23, Lag om skatteansvar s. 128 ff.). Övriga i den aktiebolagsrättsliga doktrinen nämnda domstolsavgöranden har antingen alltför specifik föreningsrättslig prägel (se NJA 1935 s. 81 och NJA 1942 s. 473) eller mycket begränsad relevans för frågan om ansvarsgenombrott (se NJA 1975 s. 45, som gällde en s.k. oäkta koncern, och NJA 1982 s. 244, som har ytterst begränsat tilläggsvärde för principerna om ansvarsgenombrott). I NJA 1992 s. 375 ogillades talan, delvis på grund av principerna om ansvarsgenombrott, med hänsyn till att de påstådda, ansvarsgenombrottsgrundande omständigheterna varit kända för borgenären ifråga (jfr SOU 1987:59 s. 134). Härutöver finns ett par hovrättsfall (se Hovrätten över Skåne och Blekinge T 205/86 och Hovrätten för Västra Sverige T 272/89), som ger föga vägledning. I det senare hovrättsfallet ålades moderbolaget att svara för dotterbolagets skulder i visst hänseende med följande motivering:

> "Enligt hovrättens mening är den grundläggande förutsättningen för att ett ansvarsgenombrott skall kunna konstateras i ett fall av förevarande natur att gäldenärsbolaget inte bedriver någon i förhållande till moderbolaget självständig verksamhet. Underkapitalisering och osjälvständig förvaltning utgör därvid i sig sådana omständigheter som kan medföra att en verksamhet i sin helhet kan betecknas som osjälvständig."

I fallet befanns såväl underkapitalisering som osjälvständighet föreligga. I sistnämnda hänseende konstaterade hovrätten, att dotterbolaget kunde karakteriseras som en personalavdelning inom moderbolaget och att konstruktionen var ett rent sken. Något subjektivt rekvisit förutsattes icke behöva uppfyllas. Fallet har inte upptagits till prövning i Högsta domstolen.

Vägledningen i rättspraxis har således mycket vaga konturer. Någon princip om ansvarsgenombrott kan knappast utvecklas med stöd härav. Bedömningen i SOU 1987:59 (s. 109), att rättspraxis ger "en ungefärlig uppfattning" om när ansvarsgenombrott föreligger, är följaktligen ogrundad.

3. Ansvarsgenombrottets konstitutiva element – underkapitalisering

Med utgångspunkt i främst NJA 1947 s. 647 har i doktrinen diskuterats de skilda förutsättningarna (eller rekvisiten) för ansvarsgenombrott. Som ett konstitutivt element för ansvarsgenombrott nämns allt som oftast underkapitaliseringen.

I *samtliga* doktrinuttalanden omnämns underkapitaliseringen som ett centralt rekvisit. Vissa skillnader förekommer emellertid vid bestämningen av rekvisitets närmare innehåll. Så har t.ex. Hellner (*op. cit.* s. 166) anfört, att bolaget skall ha i förhållande till "sannolika skadeståndsanspråk begränsade tillgångar", dock att ansvarsgenombrott inte kan komma i fråga om bolaget "gjort vad som bör betraktas som rimligt för att tillgodose eventuella skadelidande, t.ex. tecknat ansvarsförsäkring till rimliga belopp". Hos Nial har rekvisitet sakligt sett i princip samma innebär (se Svensk associationsrätt i huvuddrag, 3 uppl. 1985 s. 218 ff. och senare upplagor): Underkapitalisering innebörd, att bolagets tillgångar är uppenbart en företagsekonomiskt otillräcklig bas för de risker och förpliktelser som verksamheten kan antas medföra, dock att en rimlig försäkring mot de risker verksamheten innefattar kan verka ansvarsbefriande. För Rodhe (*op. cit.* s. 481 ff.) innebär underkapitali-

sering, att bolagets tillgångar är alltför begränsade i förhållande till den verksamhet bolaget skall bedriva. Roos har i ett utlåtande ingivet i den tvist som utmynnade i NJA 1992 s. 375 formulerat rekvisitet så, att bolaget skall vara underkapitaliserat i förhållande till "storleken av de fordringsanspråk, som kan komma att uppstå". I NJA 1982 s. 244 ingavs ett yttrande av Stockholms Handelskammare, i vilket handelskammaren beträffande underkapitaliseringen uttalade bl.a., att en sådan var för handen om ett bolag "redan i början av sin verksamhet utrustas med helt otillräckliga kapitalresurser i förhållande till verksamheten och förpliktelsernas omfattning eller om bolaget systematiskt tappas på tillgångar under rörelsens gång genom t.ex. koncernbidrag".

I Betalningsansvarskommitténs förslag till bestämmelser om ansvarsgenombrott gavs rekvisitet den innebörden, att bolagets ekonomiska underlag skall ha varit uppenbart otillräckligt i förhållande till verksamhetens art och omfattning samt till förutsebara risker. Med bolagets ekonomiska underlag avsågs i första hand bolagets egna kapital, men också förlagslån och villkorade tillskott. Hänsyn skulle också tas till förekomsten av riskförsäkringar, bindande garantier från ägarna eller från koncernbolag, m.m. Detta ekonomiska underlag skulle sedan ställas i relation till verksamhetens riskexponering, inbegripet såväl normala som extraordinära förpliktelser. Till förpliktelser av det senare slaget räknade kommittén förutsebara olyckshändelser och intäktsbortfall på grund av t.ex. betalningsoförmåga. Samtidigt betonade kommittén, att vid bedömandet av frågan, om bolagets ekonomiska underlag varit uppenbart otillräckligt, orimliga krav inte fick ställas på bolagets beredskap för olyckshändelser.

Begreppet "underkapitalisering" fyller självfallet ingen funktion, om det inte på sätt som ovan skett inom den aktiebolagsrättsliga doktrinen och eljest relateras till andra relevanta omständigheter. Såsom har framgått ovan, varierar beskrivningen av dessa omständigheter ("sannolika skadeståndsanspråk", "de risker och förpliktelser som verksamheten kunnat antas medföra", etc.). Dessa beskrivningar, som skall vara normerande för rekvisitet "underkapitalisering", är emellertid påtagligt intetsägande. Betalningsansvarskommittén gjorde i det omnämnda betänkandet (SOU 1987:59) ett försök att något öka konkretiseringsgra-

den i det normerande förhållandet "verksamhetens art och omfattning samt förutsebara risker", men till synes förgäves. Konstituerandet av tre ytterst svårdefinierade variabler, "verksamhetens art", "verksamhetens omfattning" och "förutsebara risker", var inte ägnat att förenkla fastställandet av vad som utgör en godtagbar kapitalbas, trots kravet på uppenbarhet. De anvisningar som ges i betänkandet i förtydligande syfte kan sammanfattas i en mening: Hänsyn skall tas till såväl ordinära som någorlunda förutsebara extraordinära förpliktelser, ävensom risken för intäktsbortfall. En tillämpning av rekvisitet "underkapitalisering" på raden av de exempel som diskuteras i betänkandet bl.a. i avsnitt 7 kunde måhända ha förefallit naturlig, men uteblir helt i betänkandet.

En märkbar svaghet med ett rekvisit om underkapitalisering av förevarande slag är, att dess tillämpning med all säkerhet leder till, att de allra flesta svenska aktiebolag måste betraktas som underkapitaliserade och t.o.m. uppenbart så. Beaktas nämligen bolagens förutsebara riksexponering mot bakgrund av dess verksamhet (art och omfattning, jfr Hellners uttryckssätt "sannolika skadeståndsanspråk"), och dessutom risken för intäktsbortfall på grund av betalningsoförmåga hos kunder, etc., blir det hart när omöjligt att utesluta något bolag från kretsen av underkapitaliserade bolag, oavsett verksamhetsinriktning och omfattning. Det sagda skall ses i ljuset av att det allra flesta aktiebolag i Sverige har ett aktiekapital motsvarande minimikapitalet om SEK 100.000, och endast ett relativt litet antal bolag har ett högre aktiekapital, men ofta samtidigt också en högre grad av riskexponering. Oavsett vilken verksamhet ett bolag bedriver (dagligvaruhandel, restaurang, konsultverksamhet, tillverkningsindustri, försäljning, byggnation, etc.), är riskexponeringen inom det förutsebaras gräns, dvs. sådana risker som är mer eller mindre en naturlig följd av verksamheten, avsevärd. Kritiskt avgörande blir naturligtvis vad som skall avses med "förutsebara" risker. Härvid är att märka, att uppenbarhetskravet i Betalningsansvarskommitténs förslag *inte* är knutet till kravet på förutsebarhet. Fastmera skall på grundval av allmänna erfarenheter prövas vilka risker en verksamhet normalt medför. Varje existerande och potentiell borgenär (med såväl inom- som utomobligatoriska skadeståndanspråk) måste härvid beaktas.

Tillämpningssvårigheterna kan lämpligen illustreras genom användandet av de exempel som upptagits i Betalningsansvarskommitténs betänkande (SOU 1987:59 s. 112 ff.).

I exempel 1 beskrivs ett aktiebolag som ägs av tre fysiska personer. Aktiekapitalet uppgår till SEK 60.000 och utgör bolagets enda tillgång. (Det skall antecknas, att vid tidpunkten ifråga minimikapitalkravet för aktiebolag var SEK 50.000.) Bolaget utgör ensamt komplementär i ett kommanditbolag. Tillgångarna motsvarande aktiekapitalet lånas ut till eller tillförs på annat sätt kommanditbolaget. Verksamheten i kommanditbolaget genererar förluster under en rad år och bolaget försätts slutligen i konkurs, varvid skulderna till enskilda fordringsägare uppgår till flera miljoner kronor. Som en naturlig följd av kommanditbolagets konkurs försätts också aktiebolaget i konkurs. En tillämpning av de av kommittén skisserade principerna för ansvarsgenombrott ger enligt kommittén vid handen, att de tre ägarna av aktiebolaget skall personligen svara för aktiebolagets skulder, dvs. de skulder som aktiebolaget i egenskap av komplementär i kommanditbolaget ådragit sig. Slutsatsen är ägnad att förvåna. Detsamma gäller det resonemang som kommittén för och som leder till fram till slutsatsen.

Frågan om aktiebolaget varit "uppenbart underkapitaliserat" besvaras av kommittén "utan vidare med ja, med motiveringen att bolagets tillgångar endast uppgick till SEK 60.000", vilket skall jämföras med "uppkomna mångmiljonförluster". Härvid har tydligen av kommittén förutsatts, att delägandet i kommanditbolaget inte utgjort en tillgång hos aktiebolaget. Kommittén avstår emellertid från att närmare undersöka om borgenärskraven inom ramen för konkursen tillhört de förutsebara riskerna.

På samma sätt förhåller sig saken i övriga av kommittén diskuterade exempel. I exempel 3 beskrivs ett företag som tvingas i konkurs med tillgångar uppgående till SEK 100.000 och skulder till SEK 10 miljoner. I exempel 4 skildras ett aktiebolag med en årsomsättning uppgående till SEK 170 miljoner och ett aktiekapital om SEK 1 miljon. I båda de sistnämnda faller föreligger enligt kommittén en uppenbar underkapitalisering. Tillämpningen av rekvisiten för underkapitalisering uteblir emellertid helt; endast slutsatsen tillhandahålls. (Till frågan om tillämpning

av otillbörlighetsrekvisitet återkommer framställningen nedan.) Den enkelhet med vilken kommittén drar slutsatser om uppenbar underkapitalisering kan måhända sammanhänga med ovan påtalade förhållande, nämligen att det ligger i sakens natur att ett aktiebolags verksamhet är förenad med risker, att dess ägare bildat bolaget för att begränsa sitt eget risktagande, och att de allra flesta aktiebolag är underkapitaliserade i beaktande av ett minimum av aktiekapital, det egna kapitalet och förutsebara risker med verksamheten. I sammanhanget kan ifrågasättas, om inte kommitténs förslag till formulering av rekvisitet ifråga – "uppenbart otillräckligt i förhållande till verksamhetens art och omfattning samt till förutsebara risker" – innebär en förskjutning av rekvisitets tyngdpunkt: Verksamhetens art och omfattning kan knappast ges en självständig betydelse vid tillämpningen av rekvisitet, som kommittén tycks ha föreslagit, utan det borde i stället vara det *förutsebara riskerna* med verksamheten *med hänsyn till* verksamhetens art och omfattning som är avgörande. Därmed ställs riskexponeringen i centrum.

En följd av kommitténs vida definition av begreppet "underkapitalisering" är vidare, att ett underkapitaliserat bolag mycket väl kan ha betalningsförmåga. Eftersom de flesta aktiebolag i beaktande av förutsebara risker med verksamheten och bolagets ofta till minimikapitalet begränsade aktiekapital (eventuellt med tillägg för en viss reservfond) är underkapitaliserade med kommitténs definition, kan också antas, att de flesta aktiebolag har förmåga att reglera sina ordinära förpliktelser med de intäkter som verksamheten genererar; betalningssvårigheterna uppkommer i allmänhet på grund av extraordinära förpliktelser, vilka emellertid är fullt förutsebara följder av verksamheten. Det förhållandet m a o att ett aktiebolag är underkapitaliserat innebär inte att det samtidigt är insolvent eller ens insufficient (eller illikvitt). Förpliktelser på grund av verksamhetens förutsebara risker upptas icke som en post i balansräkningen; förpliktelserna är ej realiserade och kan allt som oftast ej ens betecknas som eventualförpliktelser.

Mot bakgrund av vad som nu anförts förefaller rekvisitet "underkapitalisering" inte fylla någon självständig funktion, i vart fall icke i den av kommittén föreslagna ansvarsgenombrottsbestämmelsen. Bestämmelsens första led har nämligen följande lydelse: "Kan ett aktiebolag inte

uppfylla sina förpliktelser mot borgenärerna och beror detta på att en delägare begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenärerna otillbörligt sätt, svarar delägaren solidariskt med bolaget för vad som brister." Till detta läggs nästa led i bestämmelsen, att ansvar endast utlöses om bolaget varit underkapitaliserat. Det sistnämnda framgår emellertid i allmänhet redan därav, att aktiebolaget inte kan uppfylla sina förpliktelser mot borgenärerna, dvs. vad som stadgats i bestämmelsens första led. Det torde också följa av att bolagets delägare begagnat sitt inflytande över bolaget på ett sådant sätt att betalningsoförmåga inträtt. Läggs härtill ovan påtalade förhållande, att de flesta aktiebolag torde vara underkapitaliserade i den av kommittén angivna meningen, blir rekvisitet härom föga meningsfullt. Det helt avgörande i bestämmelsen blir i stället aktiebolagets allmänna betalningsoförmåga och orsakerna härtill. Det är också först sedan ett aktiebolag blivit insolvent, och oftast sedan det försatts i konkurs, som ansvarsgenombrott aktualiseras.

4. Bolagets "osjälvständighet"

Till de rekvisit som brukar omnämnas i samband med utformningen av en princip om ansvarsgenombrott hör "osjälvständighet". Så t.ex. uttalar Hellner (*op. cit.* s. 166), att en förutsättning för ansvarsgenombrott är att aktiebolaget "driver en verksamhet som är osjälvständig i förhållande till delägarnas egen verksamhet och därvid eftersträvar att tillgodose delägarnas direkt intressen mer än att uppnå vinst inom bolaget". (Jfr det av Roos m.fl. avgivna utlåtandet i NJA 1992 s. 375 refererat på s. 395 f., vilket utlåtande i här aktuell del innehåller en nära nog identisk formulering av osjälvständighetsrekvisitet.) Rodhe formulerar rekvisitet så, att bolaget skall sakna en självständig förvaltning. Hos Moberg (s. 76 ff.) har rekvisitet "osjälvständighet" givits en central plats i den av honom skisserade ansvarsgenombrottsteorin. Omväxlande talar Moberg om osjälvständig verksamhet och osjälvständig förvaltning, och i vissa fall påtalas att det är "det affärsmässiga syftet" som skall vara osjälvständigt. På vilket sätt denna osjälvständighet skall gestalta sig i

det enskilda fallet analyseras emellertid inte närmare. Vidare skall enligt Moberg – som ett led i prövningen – beaktas bolagets underkapitalisering (s. 77): "En annan väsentlig faktor då det gäller att fastslå dotterbolagets osjälvständighet är underkapitalisering". Underkapitalisering skulle på så sätt vara ett mer eller mindre starkt indicium på osjälvständighet.

Ofta framhålls i litteraturen särskilt dotterbolagets osjälvständighet i förhållande till moderbolaget. I Betalningsansvarskommitténs betänkande om ansvarsgenombrott utgör däremot osjälvständighetsrekvisitet inte ett påtagligt, självständigt rekvisit, utan innefattas som ett led i otillbörlighetsrekvisitet. Den avgörande förutsättningen är nämligen att någon begagnar sitt inflytande på ett otillbörligt sätt, vilket i sin tur förutsätter en viss grad av osjälvständighet. Enligt kommitténs mening kan avsaknaden av ett "självständigt syfte" eller en "självständig förvaltning" inte tjäna som ett rekvisit för ansvarsgenombrott (SOU 1987:59 s. 132). Såsom skäl härför anför kommittén bl.a., att rättsordningen erkänner enmansaktiebolaget (liksom koncernbildningen) som en legitim verksamhetsform, och omvärlden har att anpassa sig därefter. För borgenärerna kan det väsentliga inte vara vad syftet med bolagsbildningen är – eller hur förvaltningen är anordnad – utan i stället att bolaget drivs på ett sådant sätt, att dess möjligheter att upprätthålla ett i förhållande till sina behov tillräckligt ekonomiskt underlag inte försvåras eller omöjliggörs.

Det är således inte osjälvständigheten i sig som skall läggas till grund för prövningen av ansvarsgenombrott, utan fastmera frågan, huruvida denna osjälvständighet brukas på ett otillbörligt sätt eller inte. Härvidlag synes kommitténs ståndpunkt vara välgrundad. En övervägande andel av de svenska aktiebolagen utgörs av enmans- eller fåmansbolag, eller är dotterbolag i koncerner. Det är inom aktiebolagsrätten och näringslivet en fullt accepterad och legitim företeelse, att moderbolaget i en koncern – och enmans- eller fåmansaktieägarna – begagnar sitt inflytande direkt eller indirekt över dotterbolaget (eller aktiebolaget i övrigt). Osjälvständigheten är en ofrånkomlig följd av ägandet. En annan sak är sedan givetvis att inflytandet skall begagnas inom lagens rågångar. Osjälvständigheten som sådan kan emellertid inte utgöra ett förhållande

som indikerar otillbörlighet. Vad nu sagts om osjälvständig förvaltning gäller också om osjälvständig verksamhet. Det förhållandet att ett dotterbolag t.ex. är underleverantör till moderbolaget eller på annat sätt i sin verksamhet är beroende av moderbolaget, såsom försäljningsbolag, återförsäljare, handelsagent etc., kan knappast vara av relevans vid prövningen av frågan om ansvarsgenombrott, och kan givetvis i sig icke utgöra ett indicium på otillbörlighet.

Omständigheterna NJA 1947 s. 647 är allt för speciella för att domskälen däri skall kunna ge någon ledning vid prövning av osjälvständighetsrekvisitet. Såsom ovan påtalats, har prejudikatvärdet av fallet ofta överskattats, och extrapoleringen av vad som domskälsvis antyds i avgörandet överdrivits. Trots allt var i målet fråga om utomobligatoriskt skadestånd; ytterst var fråga om vad Vattendomstolen i en dom från 1944 (som låg till grund för 1947 års avgörande) karakteriserat som en "olaglig dämning", och möjligen kan man uppfatta Högsta domstolens inställning så att den vinst som aktieägarna i intressentbolaget gjorde på grund härav i någon mening var "obehörig", varför aktieägarnas betalningsansvar måhända skall betecknas som en utjämning av denna vinst. Förklaringsmodellerna är säkerligen många och varierande, men ett tycks vara säkert: Det osjälvständighetsrekvisit som formulerades i 1947 års fall kan inte läggas till grund för en aktiebolagsrättslig princip om ansvarsgenombrott (att bolag som endast utgjort delägarnas "gemensamma verkställighetsorgan" ... "icke utövat någon självständig verksamhet"). Det hittills gjorda försöken inom doktrinen och inom ramen för lagförarbeten har visat sig vara ändamålslösa. Om syftet med ett aktiebolag är att primärt "tillgodose delägarnas direkta intressen" snarare än "att uppnå vinst inom företaget" (se NJA 1992 s. 375, s. 395 och Hellner, *op. cit.* s. 166), förefaller korrektivet häremot inte kunna vara annat än kapitalskyddsbestämmelserna i ABL och den generalklausul som *försiktighetsprincipen* förborgad i ABL 12:2 utgör. Det är på sätt och vis iögonenfallande och symptomatiskt att denna försiktighetsprincip vid tillgodoseendet av delägarnas vinstintresse ytterst sällan omnämnts vid formuleringen av osjälvständighetsrekvisitet (en diskussion om principen förekommer överhuvudtaget inte i SOU 1987:59). Till kravet på en helhetssyn vid utarbetandet av principen om

ansvarsgenombrott, innefattande även denna försiktighetsprincip, återkommer framställningen nedan.

5. Delägarkretsen

Ansvarsgenombrott får antas aktualiseras i första hand i bolag med en eller få delägare. Det förefaller uteslutet att aktieägare i ett bolag med ett spritt ägande kan göras ansvariga, om de inte har ett dominerande inflytande över bolaget. Härom förefaller råda enighet i den aktiebolagsrättsliga doktrinen. Endast i det undantagsfall där aktieägarna verkar gemensamt genom aktieägaravtal eller genom bolagsordningsbestämmelser kan åtminstone teoretiskt förekomma ansvarsgenombrott. I NJA 1947 s. 647 var antalet delägare fem, men ingen av delägarna synes ha haft ett dominerande inflytande. Huruvida sedan en princip om ansvarsgenombrott skall innefatta ett krav på dominans från en eller flera aktieägares sida är oklart. Detsamma gäller aktieägarkretsens storlek. Det ligger emellertid nära till hands att anta, att ansvarsgenombrott inte kan aktualiseras i förhållande till någon delägare som varken ensam eller tillsammans med ett fåtal andra delägare kan utöva ett dominerande inflytande över det gemensamt ägda bolaget.

Kravet på dominans i någon form måste också grundas på ett *faktiskt* inflytande. Det är sedan detta inflytande som skall omsättas i ett handlingsmönster, som resulterar i betalningsoförmåga. (Jfr härvid den s.k. kausalitetsbedömningen i SOU 1987:59 s. 132 ff.)

6. "Otillbörlighet" eller "illojalitet"

Som ett centralt rekvisit för ansvarsgenombrott framhålls slutligen otillbörlighet eller illojalitet (illojalt förfarande eller missbruk). Så t.ex. gör Nial gällande (Svensk associationsrätt i huvuddrag, 3 uppl. 1985 s. 218 ff.), att om ett moderbolag drivit dotterbolaget på ett mot borgenärerna "illojalt sätt" eller dotterbolaget" otillbörligt utsugits av moderbolaget", kan detta grunda ansvarsgenombrott. Moberg synes med en hänvisning

till bl.a. NJA 1982 s. 244 och hovrättspraxis vara av samma mening. I Betalningsansvarskommitténs förslag till bestämmelse om ansvarsgenombrott utgör otillbörlighetsrekvisitet det centrala. Har "en delägare begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenärerna otillbörligt sätt", skall delägaren svara solidariskt med bolaget för bolagets förpliktelser. Försöken att specificera begreppet "otillbörligt" eller "illojalt" har emellertid varit valhänta. Frågan synes vara så gott som helt överlämnad till rättstillämpningen. Följande anteckningar torde vara motiverade.

Det är självfallet *inte* i något avseende otillbörligt att *etablera* ett aktiebolag i syfte att begränsa ägarens risker. Såsom så ofta framhålls i diskussionen om ansvarsgenombrott, är aktiebolagets grundsyfte att göra det möjligt, att begränsa risken till insatt kapital. En vad som kan förutsättas vara en riskfylld verksamhet kan således bedrivas i aktiebolagets form med en därav följande naturlig ansvarsbegränsning för delägarna. För det fall ABL föreskriver, att minimikapitalet skall vara SEK 100.000 alternativt SEK 500.000, och lagstiftningen i övrigt icke innehåller föreskrifter om obligatoriskt försäkringsskydd, garantier eller resurser (för kreditmarknadsbolag, försäkringsbolag och bolag som bedriver viss typ av verksamhet stipuleras särskilda krav i lagen), kan givetvis själva förläggandet av en riskfylld verksamhet i ett aktiebolag inte i sig betecknas som otillbörligt eller illojalt. Det är fastmera lagstiftarens uppgift att tillse, att sådan verksamhet som är särskilt riskfylld vid behov kringgärdas av specifika bestämmelser om försäkringsskydd, etc.

Det är på samma gång lika självfallet, att det förhållandet att ett aktiebolag endast har *en eller ett fåtal delägare*, eller att bolaget utgör dotterbolag i en koncern och är kontrollerat av ett moderbolag, i sig icke kan betraktas som otillbörligt eller illojalt. Enmansaktiebolaget är en erkänd och legitim form av företagsamhet, och för det fall lagstiftaren övervägt att ställa specifika krav på enmansaktiebolaget, borde detta ha kommit till uttryck i aktiebolagslagen eller i annan lagstiftning. I lagstiftningen saknas emellertid föreskrifter om att delägarna i sådana bolag har ett särskilt ansvar.

Ej heller det förhållandet att ett bolag bedrivs *osjälvständigt* i förhållande till delägaren(-ägarna), att verksamheten, förvaltningen eller syftet är osjälvständigt, kan tillmätas någon relevans i sig vid otillbörlighetsprövningen. Ovan har konstaterats, att osjälvständigheten tillhör näringslivspraxis inom koncerner och enmansaktiebolag (ofta också i fåmansbolag), och är dessutom vedertagen och förankrad i ABL. Att sedan osjälvständigheten kan vara en *grundförutsättning* för ett otillbörligt förfarande, är en helt annan sak. (Jfr Betalningsansvarskommitténs förslag till bestämmelse om ansvarsgenombrott, där otillbörligheten kan ta sig uttryck i att delägaren begagnar sitt (dominerande) *inflytande* över bolaget.)

Det är vidare tydligt, att *underkapitalisering* i sig icke utgör ett moment av otillbörlighet, ej ens ett beslut av delägarna att låta bolagets verksamhet fortgå, oaktat att bolaget är underkapitaliserat (jfr SOU 1987:59 s. 131). Med den vida definition som begreppet "underkapitalisering" erhållit i Betalningsansvarskommitténs förslag till bestämmelse om ansvarsgenombrott, får det anses vara uteslutet att underkapitaliseringen i sig eller verksamhet under sådana villkor kan grunda otillbörlighet.

Såsom betonats av Betalningsansvarskommittén (SOU 1987:59 s. 131) kan ej heller ett oskickligt företagande, dåliga konjunkturer, svåra branschförhållanden eller oturliga affärshändelser betecknas som ett otillbörligt förfarande, med kommitténs motivering enligt följande: "Allt sådant hör till affärslivets beständiga villkor, som alla dess aktörer har att finna sig i, och kan inträffa i företagsformer med eller utan personligt ansvar". Om sålunda de bakomliggande orsakerna till att ett aktiebolag är oförmöget att svara för sina förpliktelser knyter an till vad som är sedvanligt inom affärslivet, och är mer eller mindre en naturlig följd av affärsverksamheten, kan delägarna inte göras ansvariga för bolagets förpliktelser.

Den enda, positivt vägledande anvisning som Betalningsansvarskommittén ger till frågan om vad som konstituerar ett otillbörligt förfarande är, att det skall föreligga "ett planmässigt handlande för att minimera det för borgenärerna i händelse av bolagets obestånd tillgängliga bolagskapitalet". Anvisningen ges emellertid endast i form av ett exem-

pel. Det otillbörliga momentet skulle härvid bestå i att "delägaren rubbat verksamhetsformens grundförutsättningar genom att på ett beräknande sätt och till men för bolaget hålla nere kapitalbildningen". (Jfr Nials utveckling av rekvisitet, att ett moderbolag försett dotterbolaget med "otillbörligt svaga resurser" eller att dotterbolaget "otillbörligt utsugits av moderbolaget" *op. cit.* s. 185). I denna definition av ett otillbörligt förfarande kan ett subjektivt rekvisit identifieras ("planmässigt handlande", "beräknande sätt", etc.). Det subjektiva rekvisitet har emellertid inte kommit till klart uttryck i kommitténs förslag till bestämmelse om ansvarsgenombrott. (Moberg s. 78 f., som inte tycker sig finna något krav på "avsikt" i rättspraxis, kommer emellertid till slutsatsen, att det "torde vara tillräckligt att visa på objektiva omständigheter som pekar i riktning mot att aktiebolagsformen har använts på ett illojalt sätt". Ej heller Werlauff har för dansk rätts vidkommande funnit ett krav på "culpöst handlande" (se Werlauff, Selskabsmasken, Köpenhamn 1991 s.126.)

Vari detta "planmässiga handlande" eller rubbande av aktiebolagsformens "grundförutsättningar" skulle bestå, framgår icke ens antydningsvis i betänkandet SOU 1987:59 och förefaller som mycket annat däri ha överlämnats till rättstillämpningen. Så mycket får antas, att de aktiebolagsformens grundförutsättningar som kommittén hänvisar till icke kan vara de som stipulerats i ABL, utan får fastmera betraktas som extralegala; eljest vore det naturligare att hänvisa till lagens ålägganden eller förbud. För det fall delägarna i ett aktiebolaget "planmässigt" beslutar att dela ut vinstmedel till sig själva med iakttagande av utdelningsbegränsningarna i ABL 12:2, innefattande även ett beaktande av *försiktighetsprincipen*, synes inte heller ett sådant förfarande kunna betraktas som otillbörligt. Försiktighetsprincipens funktion är ju precis det att begränsa utdelningsmöjligheterna, så att aktiebolagets konsolidering eller likviditet inte äventyras. Överskrider den "planmässiga" utdelningen utdelningsbegränsningarna i ABL 12:2, finns särskilda sanktionsbestämmelser i ABL 12:5.

Vad som i detta sammanhang skall betecknas som "utsugning" av ett aktiebolag (allt som oftast dotterbolag), kan icke med en rimlig grad av bestämdhet fastställas. Kan det överhuvudtaget bli fråga om "utsug-

ning", om utdelning sker inom de i ABL föreskrivna gränserna, inklusive försiktighetsprincipen? Förhåller det sig således på det sättet, att principerna för ansvarsgenombrott, och i synnerhet rekvisitet om otillbörligt förfarande, skall ses som en *påbyggnad* på försiktighetsprincipen, så att utdelning endast kan ske i den mån det är "tillbörligt" med hänsyn till bolagets borgenärer? Om inte annat så visar sig tillämpningssvårigheterna med rekvisitet "otillbörligt förfarande" i en sådan konstruktion. Detta skall ses mot bakgrund av försiktighetsprincipen i sig omges av betydande tillämpningssvårigheter (se om detta nedan i avsnitt VIII. 7).Enligt min mening måste bolagets bundna egna kapital och försiktighetsprincipen emellertid utgöra den yttersta gränsen för borgenärsskyddet i här aktuellt hänseende, varför också all "planmässig" utdelning med iakttagande av denna gräns måste betecknas som laglig och ej under några omständigheter som otillbörlig.

Återigen måste konstateras det egendomliga i att Betalningsansvarskommitténs betänkande vid utformningen av otillbörlighetsrekvisitet överhuvudtaget inte beaktar försiktighetsprincipen. Delägarna i ett aktiebolag, vilket genererar vinst, borde inte ha ett större ansvar i ansvarsgenombrottshänseende än delägarna i ett aktiebolag som på grund av oskickligt företagande, dåliga konjunkturer, etc. gör förluster. För det fall t.ex. ett moderbolag såsom ett alternativ till utdelning eller motsvarande koncernbidrag beslutar, att den interna prissättningen dotter- och moderbolag emellan skall fastställas så, att dotterbolaget endast ges en marginal motsvarande vad som enligt ABL 12 kap. måste avsättas till reservfonden och innehållas enligt försiktighetsprincipen, borde på samma grunder som ovan anförts otillbörlighet inte kunna föreligga.

Domskälen i NJA 1947 s. 647 har i allmänhet tolkats så, att utslagsgivande var att de fem gemensamt dominerande delägarna i bolaget inte tillät bolaget att generera intäkter och eventuella vinster: Dammbolagets (intressentbolagets) huvudsakliga verksamhet var reglering av en dammanläggning m.m. till båtnad för delägarna, dock utan att dessa utgav *direkt* ersättning för regleringen: Den frågan kan härvid ställas, om utgången hade blivit en annan, om dammbolaget hade fakturerat för sina tjänster, erhållit intäkter, redovisat en viss vinst, (fakturerat motsvarande självkostnad med viss marginal) och delägarna "planmässigt"

hade delat ut vinsten till sig själva med iakttagande av utdelningsbegränsningarna. Såvitt jag kan bedöma, borde utgången i så fall ha kunnat bli en annan, med reservation för att fråga var om ett utomobligatoriskt ansvar (varom mera nedan). Dammbolagets aktiekapital var för den tidens förhållanden relativt högt (minimikapitalet för aktiebolag var vid tidpunkten ifråga, dvs. 1930-talet, SEK 1.000). Ehuru delägarna inte betalade för tjänsterna, tillsköt de medel för täckandet av kostnaderna för dammanläggningens skötsel och underhåll (under en treårsperiod tillfördes bolaget omkring SEK 72.000). I Högsta domstolens mycket knapphändiga domskäl uttalas, att dammbolaget "som utgjort allenast ett aktieägarnas gemensamma verkställighetsorgan för handhavandet av vattenhushållningen vid dammen, icke utövat någon självständig verksamhet". Härav framgår icke om över huvud, och i så fall på vilket sätt, de nämnda förhållandena skulle vara att beteckna som otillbörliga. Betalningsansvarskommittén väljer att icke uttala sig i denna fråga (se SOU 1987:59 s. 52 f. och 108 f.). Kommitténs bedömning, att om det framkommer, att det bristande kapitalunderlaget i ett bolag "inte låter sig förklaras av ekonomiska realiteter utan i stället visar sig bero på att dess delägare i eget intresse förhindrar den kapitalbildning i bolaget som eljest skulle ha uppkommit", kan otillbörlighetsrekvisitet ofta anses vara uppfyllt, tyder – om inte annat – på en bristande insikt i det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddssystemet och aktiebolagets grundfrågor. För det fall det aktiebolagsrättsliga regelsystemet överträtts, borde detta ha kommit till klara uttryck i domskälen. Det förhållandet att konstruktionen inte gav dammbolaget några utsikter till kapitalbildning, synes endast ha relevans om aktiebolagslagen vid tidpunkten i fråga ställt krav på sådan kapitalbildning utöver minimikapitalet (vilket inte var fallet).

Otillbörlighetsrekvisitet, såsom det hittills har formulerats i doktrinen och lagförslag, är följaktligen föga genomtänkt. I grunden synes idén om otillbörlighetsrekvisit kunna hänföras till en ofta outtalad önskan att stävja ett oidentifierat "missbruk" att aktiebolaget som företagsform. I summan av den amerikanska aktiebolagsrätten, som formulerats i delstatlig lagstiftning, kan en sådan säkerhetsventil vara nödvändig (om än inte alltid kringgärdad av en rimlig rättssäkerhet), i synnerhet i

ofta förekommande avsaknad av ett tvingande system till skydd för bolagets borgenärer. I Sverige (och i EU) har ett omfattande borgenärsskydd utvecklats under mer än ett århundrade. Att utforma ett otillbörlighetsrekvisit som ett led i en princip om ansvarsgenombrott utan hänsynstagande till detta borgenärsskydd, eller ens nämnande härav, är knappast försvarligt.

7. Inom- och utomobligatoriskt ansvar

För det fall ansvarsbrott överhuvudtaget skall komma i fråga med stöd av en lagbestämmelse av karaktären generalklausul, måste säkerligen distinktionen mellan inom- och utomobligatoriskt ansvar beaktas. I NJA 1947 s. 647 var fråga om utomobligatoriskt ansvar. Denna omständighet har inte kommit till explicit uttryck i domskälen, men det förefaller icke desto mindre uteslutet att omständigheten helt skulle ha saknat betydelse för utgången i målet. Inom doktrinen har den omständigheten endast undantagsvis varit föremål för utredning: Avsaknaden av uttalanden i doktrinen om distinktionen mellan inom- och utomobligatoriskt ansvar inom ramen för en princip om ansvarsgenombrott kan i förstone tas till intäkt för att den inte tillmäts relevans; eventualiteten härav, t.ex. i det Högsta domstolen sammanfattande betecknar som "omständigheterna i övrigt", borde åtminstone ha tagits upp till diskussion. I Betalningsansvarskommitténs betänkande och lagförslag har distinktionen givits en viss, om än begränsad, signifikans. Det sist sagda har kommit till utryck i förslaget, att ansvarsgenombrott ej "inträder" i förhållande till en viss borgenär, som "skäligen" upplysts om bolagets ekonomiska förhållanden. I ett åskådningsexempel i en kommentar till förslaget (SOU 1987:59 s. 134) anges, att det skulle vara "föga rimligt" att en borgenär, som "varit fullkomligt klar över den ekonomiska situationen i bolaget", men som ändå inlåtit sig på kreditgivning till bolaget, med stöd av en princip om ansvarsgenombrott skulle få betalt för sin fordran av en delägare. Distinktionen mellan inom- och utomobligatoriskt ansvar i detta sammanhang manifesteras emellertid härmed alldeles för svagt. Att så är fallet visar sig också i kommitténs bedömning av

det ovan nämnda kommanditbolagsexemplet (exempel 1 i SOU 1987:59 s. 112). Var och en som träder i förbindelse med ett kommanditbolag bör givetvis förstå, att kommanditbolagets ekonomiska ställning generellt sett är avhängigt av komplementärens. Om komplementären är ett aktiebolag med ett aktiekapital motsvarande minimikapitalet, måste därvid aktiebolagets ekonomi undersökas. I de under 1980-talet ofta förekommande fallen, där banker och de då förekommande finansbolagen gav krediter till kommanditbolags förvärv av fastigheter, med säkerhet i fastigheterna, men undermålig betalningsförmåga hos kommanditbolagen, kan enligt min mening borgenärerna under inga förhållanden grunda betalningsansvar för delägarna i aktiebolaget (komplementären) med hänvisning till principerna för ansvargenombrott. Betalningsansvarskommittén kommer emellertid till en annan slutsats. Mot delägarnas ansvar på grund av ansvarsgenombrott skall vägas borgenärens ansvar för att hålla sig underrättad om gäldenärens ekonomiska förhållanden. En sådan avvägning bör ge till resultat, att ett ansvarsgenombrott endast undantagsvis kan grundas på ett inomobligatoriskt förhållande. Enligt min mening är det, som konstaterats ovan, uteslutet att borgenärerna i det angivna exemplet skulle med framgång kunna hävda ansvarsgenombrott. Varje borgenär i ett inomobligatoriskt förhållande har såsom utgångspunkt att göra en kreditbedömning, och inom ramen härför bedöma gäldenärens betalningsförmåga och förutsättningar i övrigt att fullgöra sina skyldigheter enligt avtal, utfästelse, etc. Allt som oftast är betalningsförmågan helt avgörande. Vid utomobligatoriskt ansvar saknar borgenärerna av naturliga skäl denna möjlighet. Ansvarsgenombrott borde följaktligen i princip endast kunna aktualiseras på grund av utomobligatoriskt ansvar, eller i fall av inomobligatoriskt ansvar som *i detta avseende* är att jämställa med det utomobligatoriska ansvaret.

8. Behovet av en lagreglering om ansvarsgenombrott

Redogörelsen ovan torde i vart fall utvisa, att en lagbestämmelse om ansvarsgenombrott är kontroversiell. De mer eller mindre fruktlösa för-

söken i doktrinen och i lagstiftningssammanhang att konstruera grunderna för en princip om ansvarsgenombrott torde mana till eftertanke. Det förhållandet att ansvarsgenombrott förekommer ymnigt i rättspraxis i vissa rättssystem, främst i USA, får i beaktande av ovan påtalade systemskillnader amerikansk och svensk rätt emellan lämnas utan avseende. På anförda grunder är jag närmast böjd att dela Aktiebolagskommitténs inställning i SOU 2001:1 (s. 279 ff.), att en generell, lagfäst princip om ansvarsgenombrott inte kan motiveras (*op. cit.* s. 288).

Ansvarsgenombrott skall endast komma ifråga i undantagsfall. Dessa undantagsfall måste kasuistiskt utformas i rättstillämpningen eller i särskilda bestämmelser i befintlig lag eller kommande lagstiftning. En överbyggnad i form av en generell lagbestämmelse om ansvarsgenombrott på alla de lagbestämmelser i syfte att skydda borgenärer och kreditlivet, etc. skapar långt större problem än det löser, i synnerhet svårigheter i rättstillämpningen och rättsosäkerhet. Såsom Betalningsansvarskommitténs förslag om ansvargenombrott tydligt ger vid handen, blir en sådan lagbestämmelse så allmänt hållen och urvattnad, att all konkretisering av bestämmelsen ändå måste överlämnas till rättstillämpningen. I vissa fall finns vid sidan av specifika lagbestämmelser om betalningsansvar säkerligen anledning att se över möjligheten att införa ett obligatoriskt försäkringssystem i tillägg till det redan förekommande. Ingreppen bör ske med urskiljning och försiktighet, samt med inriktning på specifika situationer.

Det är således enligt min mening riktigt, som Aktiebolagskommittén slutsatsvis konstaterar, att en generell lagbestämmelse om ansvarsgenombrott inte fyller någon funktion vid sidan av den mycket omfattande lagregleringen i borgenärsskyddande syfte som redan finns tillgänglig. Det må sedan vara hänt, att i rättspraxis även framdeles ansvarsgenombrott kan komma att ske i mycket speciella undantagsfall.

II. Koncerndefinitionen

1. Allmänt

Koncernbegreppet har definierats i flera lagar, bl.a. i ABL 1:5, lagen om ekonomiska föreningar (1987:667) 1:4, stiftelselagen (1994:1220) 1:5 och årsredovisningslagen (1995:1554) 1:4. Såväl strukturellt som materiellt är de olika definitionerna i princip identiska. De variationer som finns betingas av att de tillämpliga lagarna reglerar olika associationsformer, samt att årsredovisningslagen är mera allmängiltig. Bestämmelserna om koncernbegreppet är till betydande del ett resultat av svensk rätts anpassning till EU:s bolags- och redovisningsrätt. I första rummet är fråga om en implementering av det sjunde s.k. bolagsdirektivet (av den 13 juni 1983, 83/349/EEG). Direktivet reglerar skyldigheten att upprätta en sammanställd redovisning och förvaltningsberättelse; fråga är således om krav på koncernredovisning. Det är tvingande på redovisningsområdet, men inte på andra områden, och således inte inom aktiebolagsrätten. Direktivet syftar till att få till stånd en likvärdig information om koncerner i EU, i syfte att därigenom underlätta för samtliga berörda intressenter att bedöma dels koncernens ställning och resultat, dels de ekonomiska sambanden mellan olika koncernbolag. Väsentligast för koncernbegreppet är emellertid, att direktivet reglerar förutsättningarna för att företag skall innefattas i koncernredovisningen, vilka moderbolag som skall upprätta koncernredovisning, samt redovisningens betydelse för dotter- och intresseföretag.

EU:s bolagsrätt saknar däremot en allmän koncerndefinition för aktiebolaget. Definitionen i det sjunde direktivet tar uteslutande sikte på koncernredovisningen. Vid implementeringen av EU:s koncernredovisningskrav befanns det av den svenske lagstiftaren emellertid naturligt, att den koncerndefinition som direktivet förutsatte också kom till uttryck i den allmänna associationsrättsliga lagstiftningen. Härigenom kom den tidigare konsonansen mellan koncernbegreppen i redovisnings- och associationsrätten att bibehållas.

Bestämmelserna om den nya koncerndefinitionen trädde ikraft med den 1 januari 1996. Den tidigare bestämmelsen i ABL 1:5 innehöll en huvudregel och en sekundärregel. Enligt huvudregeln förelåg koncernförhållande om ett aktiebolag ägde så många aktier eller andelar i en svensk eller utländsk juridisk person att det hade mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar. Indirekta dotterföretagsförhållanden likställdes med direkta sådana. Således skulle dotterdotterföretag definitionsmässigt också ingå i koncernen, ävensom sådana företag som kontrollerades av moderbolaget tillsammans med ett eller flera – eller genom flera – dotterföretag. Enligt *sekundärregeln* förelåg koncernförhållande, om moderbolaget hade *såväl* ett bestämmande inflytande över ett annat företag *som* en betydande andel i resultatet av dess verksamhet. Det sistnämnda kriteriet kunde uppfyllas genom att moderbolaget hade en direkt andel i dotterföretagets vinst eller förlust i öppen eller dold (t.ex. genom internprissättning) form. Begreppet "bestämmande inflytande" omfattade allehanda situationer, t.ex. s.k. praktisk majoritet (där en minoritetsandel på grund av stor aktiespridning gav dominans på bolagsstämman), samt avtalskonstellationer, som gav moderbolaget kontroll över dotterföretaget. Ett bestämmande inflytande synes emellertid *inte* ha förutsatt ett *faktiskt* aktie- eller andelsinnehav i dotterföretaget.

2. Koncernbegreppets betydelse i ABL

Koncernbegreppet bör anses ha sitt främsta användningsområde inom redovisningsrätten. Definitionen i årsredovisningslagen 1:4 ligger till

grund för bl.a. reglerna i samma lag om koncernredovisning, men även för regleringen i annan, näraliggande lagstiftning. I ABL (liksom i lagen om ekonomiska föreningar och stiftelselagen) är koncerndefinitionen grundläggande för tillämpningen av ett flertal bestämmelser, i ABL främst följande.

1. I ABL 4:18 ges bestämmelser om emissionsprospekt. När ett publikt aktiebolag eller en aktieägare i ett sådant bolag offentliggör eller på annat sätt till en vidare krets riktar en inbjudan att förvärva aktier eller teckningsrätter i bolaget, skall styrelsen upprätta en särskild redogörelse för bolagets förhållanden, m.m. I ABL 4:20 stadgas, att om bolaget är ett moderbolag, skall bolaget i emissionsprospektet intaga koncernresultaträkning och koncernbalansräkning för de tre senaste räkenskapsåren, med särskild reglering för koncerner i tredje stycket. (Se även ABL 4:22-23 och 7:27.) En hänvisning till dessa regler finns ABL 5:16 för konvertibla skuldebrev och liknande värdepapper.
2. Enligt ABL 7:1, sista stycket, får ett dotterföretag icke teckna aktier i moderbolag. Dotterföretag får enligt ABL 7:2, 1 st., andra meningen, ej heller ta emot aktier i moderbolag som pant. Vidare får enligt ABL 7:23 ett dotterföretag inte förvärva aktier i sitt moderbolag. Transaktioner i strid med förbudet är ogiltiga. Till detta förbud stadgas emellertid undantag i ABL 7:4, punkterna 1, 2, och 4, dvs. förvärv av moderbolagsaktier utan vederlag, moderbolagsaktier som ingår i förvärvad rörelse, och aktier som inropats på auktion. För sådana undantagsförvärv gäller ett avyttringskrav (så snart ske kan utan förlust, dock senast tre år efter förvärvet). Aktier som inte avyttrats inom denna tid skall av bolaget förklaras ogiltiga, med följden, att aktiekapitalet skall nedsättas med aktiernas nominella belopp. Detsamma skall gälla i situationen där ett aktiebolag genom förvärv av aktier blivit moderbolag, och vid tillfället dotterföretaget innehade aktier i moderbolaget. Aktierna skall avyttras senast tre år efter det att koncernförhållandet uppstod.

3. Vid beräkningen av den maximala andel av egna aktier som ett bolag får förvärva (högst 1/10 av samtliga aktier i bolaget), skall dotterföretags innehav beaktas och anses som bolagets (ABL 7:9).
4. I ABL 8:4 ges styrelsen i uppgift att fortlöpande bedöma bolaget och, om bolaget är moderbolag i en koncern, koncernens ekonomiska situation.
5. I styrelsens och den verkställande direktörens upplysningsplikt enligt ABL 9:22, 3 st., innefattas även upplysningar om bolagets förhållande till annat koncernföretag, koncernredovisningen samt förhållande beträffande dotterföretagen som kan inverka på bedömningen av ett ärende på dagordningen eller av bolagets ekonomiska situation (om bolaget är ett moderbolag).
6. Revisorsjävet omfattar enligt ABL 10:16 varje revisor som äger aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern, är ledamot av styrelsen eller verkställande direktör i bolaget eller dess dotterföretag, eller är anställd hos eller på annat sätt har en underordnad eller beroendeställning till sådan ställföreträdare (detsamma gäller person som är gift, sambo, syskon eller på annat sätt är släkting i rätt upp- eller nedstigande led till sådan ställföreträdare, m.m.) eller står i låneskuld till bolaget eller annat bolag i samma koncern eller har en förpliktelse som ett sådant bolag har ställt säkerhet för. Den som på grund av revisorsjäv inte är behörig att vara revisor i ett moderbolag, får inte heller vara revisor i dess dotterbolag.
7. Den tidigare begränsningen för moderbolag i en koncern enligt ABL 12:2, att moderbolaget icke fick dela ut mer än vad som var utdelningsbar vinst enligt koncernbalansräkningen, har avskaffats till förmån för en utvidgning av försiktighetsprincipen i samma stadgande. En värdeöverföring från bolaget till aktieägare (eller annan) får endast ske om det med hänsyn till bolagets och, om bolaget är moderbolag, koncernens konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt framstår som försvarligt. Ytterst skall således försiktighetsprincipen utgöra en utdelningsspärr för ett moderbolag, vars koncernbalansräkning – om sådan hade upprättats – icke skulle ge utrymme för en utdelning.

8. Vid tillämpningen av utlåningsbestämmelserna i ABL 12:7 har koncernbegreppet en central betydelse. Den förbjudna kretsen enligt det generella utlåningsförbudet omfattar i första ledet alla som äger aktier eller är styrelseledamöter eller verkställande direktör i bolaget eller annat bolag i samma koncern. I det andra ledet omfattas också maka, make, sambo och släktingar till sådana personer, ävensom juridiska personer som någon sådan aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör i bolaget eller annat bolag i samma koncern har ett bestämmande inflytande över. Från förbudet undantas bl.a. lån till företag i samma koncern som det långivande bolaget. Vidare skall vid beräkningen av undantaget för lån till aktieägare (högst 1 % av aktiekapitalet eller högst 500 aktier) hänsyn tas till aktieinnehavet i koncernen som helhet. Det särskilda utlåningsförbudet i ABL 12:7, 3 st., avser penninglån i syfte att gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person (inom den s.k. förbjudna kretsen) skall förvärva aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern. (Jämför dispensmöjligheten i ABL 12:8.)
8. Bestämmelserna i ABL 14 kapitlet om att absorption av helägt dotterbolag förutsätter att moderbolaget äger samtliga aktier i dotterbolaget.
9. En tvångsinlösen av aktier dotterbolag enligt ABL 14:31 förutsätter att moderbolaget själv eller tillsammans med dotterföretag har mer än nio tiondelar av aktierna, med mer än nio tiondelar av röstetalet för samtliga aktier i dotterbolaget. I en sådan situation föreligger en ömsesidig inlösenrätt för moderbolaget och minoritetsaktieägarna.
10. Slutligen kan nämnas att koncernbegreppet utanför associations- och redovisningsrätten främst har betydelse inom skatterätten (t.ex. grunderna för koncernbidrag). Det skall också tilläggas, att lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda i flera hänseenden grundas på koncernbegreppet (se främst lagens 4 § om rätten till styrelserepresentation).

3. Moderbolaget skall vara ett svenskt aktiebolag

Koncerndefinitionen i ABL, liksom lagen om ekonomiska föreningar, stiftelselagen, årsredovisningslagen, m.fl., vilar på förutsättningen, att koncernens moderbolag är ett svenskt aktiebolag (ekonomisk förening, stiftelse, handelsbolag, m.m.). Att moderaktiebolaget är svenskt får anses framgå av att bolaget är registrerat såsom sådant i Sverige i enlighet med bestämmelserna i aktiebolagsförordningen (1975:1387) 2 §. Några tvivel torde för svensk rätts vidkommande i praktiken icke uppkomma. Det är dock inte helt givet att registreringen skall vara utslagsgivande för ett aktiebolags domicil: Andra anknytningspunkter har aktualiserats i diskussionen om ett bolags säte (se översiktligt om dessa frågor bl.a. Nelson, Überseeringdomen utgör ingen ändring av EG-domstolens praxis, NTS 2002:4 s. 417, samt kontroversen mellan anhängare av registrerings- respektive sätesteorin, senast avgjort i EG-domstolen den 5 november 2002 till förmån för registreringsteorin, C-208/00 Überseering. Målet är i skrivande stund opublicerat.). Dessutom skall av bolagsordningen framgå den ort i Sverige där bolagets styrelse skall ha sitt säte. Det förhållandet att ett svenskt aktiebolag, registrerat och med säte i Sverige också har registrerats i annat land (länder) synes inte hindra, att bolaget enligt svensk aktiebolagslag betraktas som ett svenskt aktiebolag.

Koncernbestämmelsen blir tillämplig om aktiebolaget i fråga har ett dotterföretag. Om sedan koncernbestämmelser i andra rättssystem blir tillämpliga på samma bolag på grund av registreringen av bolaget i annat land (eller på grund av en tillämpning av sätesteorin), kan bolaget mötas av vissa praktiska svårigheter, vilka emellertid saknar relevans för tillämpningen av svensk lag. Eftersom handelsbolag (och kommanditbolag) numera skall vara registrerade för att uppnå status som juridiska personer, gäller det sagda också sådana bolag. För ekonomiska föreningar är grunderna desamma. Däremot är saken mera oklar beträffande stiftelser. Visserligen skall en stiftelse enligt stiftelselagen 10:1 vara registrerad, om den enligt bokföringslagen (1999:1078) är skyldig att upprätta årsredovisning, eller om ett registreringskrav framgår av stiftelseförordnandet. Status som juridisk person vinner emellertid stif-

telsen redan genom att uppfylla de grundläggande kriterierna för en stiftelse, utan att vara registrerad. Stiftelselagen klargör härvid icke vad som skall kännetecknа en *svensk* stiftelse. Möjligen skall en mera allmän sätesteori vara tillämplig på stiftelser. Avgörande för en stiftelses domicil skulle enligt en sådan teori kunna vara styrelsens formella eller faktiska säte, stiftelsens transaktionsort, stiftelseförmögenhetens lokalisering, registreringsland, allt med olika tyngdpunkter eller kombinationer. Förarbetena ger inget närmare besked härom.

Det förhållandet att ett svenskt aktiebolag skall vara moderbolag i en koncern enligt koncernbegreppet har bl.a. följande konsekvenser.

1. Av uppenbara skäl avser årsredovisningslagens krav på koncernredovisning, m.m. endast svenska aktiebolag som är moderbolag i koncern. Detsamma gäller ovan nämnda bestämmelser om utformningen av emissionsprospekt utgivna av moderbolag enligt bestämmelserna i ABL 4 och 5 kap. (se även 7 kap.), ävensom styrelsens och verkställande direktörens upplysningsplikt gentemot bolagsstämman. I dessa fall föreligger i regel inga komplikationer.
2. Vid tillämpningen av försiktighetsprincipen i ABL 12.2 skall koncernställningen endast beaktas om moderbolaget är ett svenskt aktiebolag. Detta konstaterande är också okontroversiellt.
3. Av större betydelse är koncernbegreppet vid tillämpningen av bestämmelserna i ABL 7 kap. Såsom framgått ovan får enligt dessa bestämmelser ett dotterföretag icke teckna aktier i moderbolaget, icke ta emot aktier i moderbolag som pant och ej heller förvärva aktier i moderbolag (med vissa, här irrelevanta undantag). Vidare är ett dotterföretag skyldigt att avyttra aktier i moderbolag inom viss tid enligt ABL 7:5 och 25. Av lagens förarbeten (prop. 1999/2000:34 s. 86, 113 och 133 f., jfr prop. 1975:103 s. 365 f.) förefaller följa, att dotterföretaget kan vara såväl en svensk som en utländsk juridisk person. I tidigare gällande koncerndefinition uttalades *uttryckligen*, att den avsedda juridiska personen kunde vara såväl svensk som utländsk. I nu gällande lag återfinns inte denna precisering. Någon saklig ändring i detta hänseende är emellertid inte avsedd (se prop. 1995/96:10, del II, s. 176). Lagstiftaren synes såle-

des ha förutsatt, att förbuden i ABL 7 kap. mot att teckna eller förvärva moderbolagsaktier, eller mottaga sådana aktier i pant, skall innefatta samtliga juridiska personer i Sverige *och i utlandet,* helt oavsett säte och registrering. Det får emellertid starkt ifrågasättas, om den svenska ABL kan ha en sådan vid extraterritoriell tillämpning. Enligt min mening kan den svenska ABL icke äga tillämpning på utländska juridiska personer. Vad som t.ex. i Storbritannien, Frankrike och Tyskland skall gälla för aktiebolags eller andra juridiska personers förvärv av aktier i svenska aktiebolag, kan rimligen inte regleras av den svenska ABL, även om med svensk lags utgångspunkt det svenska bolaget utgör ett moderbolag. För det fall de utländska rättssystemen har ett liknande koncernbegrepp som det svenska, utgör det svenska aktiebolaget i exemplet ovan inte ett moderbolag enligt dessa rättssystem: Såsom moderbolag skulle ju endast kunna betecknas bolag som vederbörligen registrerats – eller möjligen eljest har sitt säte – i aktuellt rättssystem som aktiebolag (ekonomisk förening, stiftelse, handelsbolag, m.m.). Omvänt gäller också, att de ifrågavarande förbuden att teckna, förvärva och mottaga aktier inte är tillämpliga på svenska företag som saknar moderbolag i Sverige. Således skall förbuden icke tillämpas om ett svenskt aktiebolag förvärvar aktier i ett tyskt eller amerikanskt aktiebolag, trots att det senare bolaget äger majoriteten av aktierna i det svenska aktiebolaget. Förbuden kan sålunda inte vara tillämpliga på utländska juridiska personer, ej heller på svenska aktiebolag eller andra juridiska personer som kontrolleras av utländska bolag. Av det sagda följer också, att skyldigheten att avyttra aktier, som förvärvats på grund av i ABL stipulerade undantag, över huvud icke kan aktualiseras i nu nämnda fall. Det torde vidare vara uteslutet att bestämmelser i ett utländskt rättssystem motsvarande de svenska om förbud för dotterföretag att teckna, förvärva, etc. aktier skulle kunna bli tillämpliga på svenska juridiska personer. En annan sak vore givetvis att ett utländskt rättssystem *också* förbjuder det i förhållande till det svenska moderbolaget utländska dotterföretaget att teckna, förvärva, etc. aktier i moderbolaget på motsvarande sätt som i Sverige. Sådana förbud skulle emellertid sakna

verkan i de gränsöverskridande fallen, om koncerndefinitionen är densamma i de utländska rättssystemen som i Sverige. Följaktligen kan ett svenskt förbud icke avse en utländsk juridisk persons teckning, förvärv, etc. av aktier i ett svenskt aktiebolag; ej heller kan ett utländskt förbud på grundval av samma koncerndefinition som i Sverige träffa den utländska juridiska personens förvärv av andelar i ett bolag, vilket enligt definitionen icke kan vara ett moderbolag (moderbolaget måste ju vara registrerat – eller ha sitt säte – i det utländska rättssystemet). Även om en samordning av reglerna kan komma att ske i en framtid inom EU, kan en sådan samordning icke omfatta rättssystem utanför EU. Slutsatsen av det sagda måste således bli, att de svenska förbuden icke är tillämpliga på utländska juridiska personer, och ej heller svenska juridiska personer som kontrolleras av aktiebolag eller andra juridiska personer i utlandet. Dessa anomalier i systemet är ofrånkomliga så länge samordning icke skett och koncernbegreppet förutsätter ett svenskt moderbolag.

4. Såsom berörts ovan, är väsentliga delar av utlåningsförbuden i ABL 12:7 knutna till koncernbegreppet. Såväl huvudregeln som koncernundantaget förutsätter ett koncernförhållande. Det generella och det särskilda utlåningsförbudet både vidgas och begränsas av koncernbegreppet och kravet att moderbolaget skall vara ett svenskt aktiebolag. Följande gäller om det antas att ett svenskt aktiebolag kontrolleras (t.ex. med röstmajoritet) av ett utländskt aktiebolag, förening eller annan juridisk person (nedan "det utländska företaget"):

   De personer som äger aktier i, eller är styrelseledamöter eller verkställande direktörer (suppleanter eller vice verkställande direktörer) i det utländska företaget, dess dotterföretag, dotterdotterföretag, etc., ingår inte i den förbjudna kretsen. Om således ett svenskt aktiebolag ägs av ett amerikanskt aktiebolag, utgör det amerikanska aktiebolaget icke ett moderbolag i den svenska koncerndefinitionens mening, varför aktieägare, styrelseledamöter, verkställande direktörer, m.fl. i det amerikanska bolaget faller utanför den förbjudna kretsen. Så är också fallet beträffande det amerikanska

aktiebolagets dotterföretag i eller utanför Sverige eller bolag som kontrollerar det amerikanska bolaget, som inte är moderbolag i koncerndefinitionens mening (dvs. inte är svenska aktiebolag).

På samma sätt förhåller det sig med maka, make, sambo, släkting i den mening som föreskrivs i ABL 12:7, 1 st., punkterna 1–2, i förhållande till aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör i sådant utländskt bolag. Ej heller juridisk person över vars verksamhet sådan person har bestämmande inflytande innefattas i den förbjudna kretsen.

Enligt det s.k. koncernundantaget i ABL 12:7, 2 st., 2 p., är penninglån som lämnas inom en koncern icke förbjudna (om dessa penninglån icke träffas av förvärvslåneförbudet i bestämmelsens tredje stycke). Koncerndefinitionen medför emellertid att penninglån som lämnas till ett utländskt bolag, som kontrollerar ett svenskt aktiebolag, är förbjudna. Detsamma gäller för övrigt penninglån till en svensk eller utländsk ekonomisk förening eller stiftelse, som kontrollerar det utlånande bolaget. Om sålunda ett svenskt aktiebolag lånar pengar till ett norskt aktiebolag, som äger samtliga aktier i det svenska bolaget, är lånet förbjudet, om icke något annat undantag är tillämpligt (företrädesvis undantaget om s.k. rörelselån eller kommersiella lån). En tilllämpning av det generella utlåningsförbudet kan emellertid stå i strid med det EU-rättsliga icke-diskrimineringsförbudet (vilket bl.a. har uppmärksammats i dispensärenden enligt ABL 12:8,varav något slutligt avgjorts av den svenska regeringen). Om koncernundantaget endast vore tillämpligt på svenska moderbolag, skulle således utländska "moderbolag" diskrimineras. Det får därför anses allmänt gälla, att koncernundantaget har – trots sin lydelse – tillämpning i hela EU och EES-området på så sätt att moderbolagsbegreppet skall omfatta varje moderbolag oavsett säte inom EU- och EES-området. I konsekvens härmed har också Aktiebolagskommittén i förslaget till ny aktiebolagslag (nedan "Lagförslaget") 18:2, 2 st., 2 p., föreslagit, att med koncern skall likställas en företagsgrupp av motsvarande slag i vilken moderföretaget är en motsvarande utländsk juridisk person med domicil inom EES (dvs. EU-länderna och Norge, Lichtenstein och

Island). Detta Aktiebolagskommitténs lagförslag (varom mera nedan i avsnitt) får emellertid anses vara tillämpligt redan i dag på grund av EU:s icke-diskrimineringsregel. Den i dispensärenden uttalade ståndpunkten, att en tillämpning av koncernundantaget på utländska företag inom EES-området förutsätter ett dispensförfarande, är icke hållbar. Dispensförfarandet i sig utgör nämligen ett brott mot icke diskrimineringsförbudet. Att svensk lag är underordnad EU-rätten och icke-diskrimineringsförbudet är inte föremål för tvivel.

5. Eftersom aktier i ett utländskt "moderbolag" icke omfattas av det generella utlåningsförbudet, skall ej heller dessa aktier tas med i beräkningen av aktieinnehavet enligt undantaget för småaktieägare i ABL 12:7, 1 st., 6 p. Det sagda gäller också aktier i det utländska "moderbolagets" dotterföretag, oavsett om dessa är utländska eller svenska.
6. Det särskilda utlåningsförbudet (förvärvslåneförbudet) avser förvärv av aktier i ett svenskt aktiebolag eller annat bolag i samma koncern. Även här förutsätts att det svenska aktiebolaget är moderbolag, eller ingår i en koncern med ett svenskt aktiebolag som moderbolag. Förutsatt att det generella utlåningsförbudet inte är tillämpligt enligt ABL 12:7, 1 st., kan utlåning enligt det särskilda utlåningsförbudet ske i de fall syftet är att förvärva aktier i ett utländskt bolag som kontrollerar det svenska, utlånande bolaget och det utländska bolaget (ävensom ekonomiska föreningen, handelsbolaget, m.m.) tillhörande dotterföretag, oavsett om dessa är utländska eller svenska. De båda utlåningsförbuden är tillämpliga uteslutande på svenska aktiebolag. Lagen ger icke utrymme för extraterritoriell tillämpning. Härutöver kan nämnas, att det särskilda utlåningsförbudet endast omfattar penninglån (och motsvarande säkerheter enligt ABL 12:7, 5 st.) som syftar till att gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person skall förvärva *aktier* i det utlånande bolaget eller annat bolag i samma koncern. Med aktie kan i ABL endast avses aktie i ett *svenskt* aktiebolag.

Rättssystematiken i ABL är nämligen sådan, att inte bara begreppet koncern erhållit en *legaldefinition,* utan också begreppen aktiebolag, aktie, aktiebrev, styrelse, verkställande direktör, bolagsstämma, m.m. Att "aktie" endast kan avse aktie i svenskt aktiebolag följer av ABL 3 kap., som föreskriver en lång rad bestämmelser knutna till "aktie", t.ex. aktiens odelbarhet, rätten att fritt överlåta och förvärva aktie, aktiers lika rätt i bolaget (dvs. svenskt aktiebolag), etc. Att nu nämnda begrepp genomgående gäller svenska aktiebolag tillhör lagstiftarens rättssystematiska grundsyn. Den enda avvikelsen från detta system är, såvitt kan överblickas, den år 1996 införda koncerndefinitionens reglering av dotterföretag. I den tidigare koncerndefinitionen stadgades uttryckligen, att med dotterföretag avsågs såväl svenska som utländska juridiska personer. En sådan lagstiftningsteknik är helt förenlig med den här berörda rättssystematiken: Varje aktiebolagsrättsligt begrepp knyter an till ett svenskt aktiebolag, om annat inte uttryckligen föreskrivits i lagen. Det förhållandet att nu gällande koncerndefinition inte uttryckligen föreskriver, att med dotterföretag skall avses såväl svenska som utländska juridiska personer, har i förarbetena motiverats med att preciseringen icke "ansetts nödvändig"; någon saklig ändring har icke avsetts. Av *rättssystematiska* skäl hade emellertid, enligt min mening, preciseringen varit just "nödvändig". (Det är samtidigt inte uteslutet, att begreppet "aktie" i koncerndefinitionen är förbehållet just aktie i svenska aktiebolag, och att ägandet eller innehavet i utländska företag betecknas som "andelar", varför också aktier i utländska aktiebolag begreppsmässigt är att hänföra till "andelar". Vid en sådan tolkning av koncerndefinitionen förefaller rättssystematiken i ABL att bibehållas). Den eventuella systemavvikelsen har emellertid tillkommit långt efter införandet av utlåningsförbuden. Avvikelsen kan därför icke ändra på ovan anförd tolkning av det särskilda utlåningsförbudet, nämligen att begreppet "aktie" uteslutande avser aktier i svenskt aktiebolag.

Slutligen gäller undantaget till det särskilda utlåningsförbudet anställd i bolaget eller i annat bolag i samma koncern. På samma grunder som gäller för koncernundantaget ovan, nämligen det EU-

rättsliga icke-diskrimineringsförbudet, måste anställda i utländska "moderbolag", och dess dotterföretag, likabehandlas med anställda i svenska koncerner.

7. Absorption av helägt dotterbolag enligt ABL 14:22 ff. är naturligtvis inte möjlig över nationsgränserna. Ett utländskt "moderbolag" kan således inte absorbera ett svenskt dotterbolag, och ett svenskt moderbolag kan icke absorbera ett utländskt dotterbolag. Svensk, liksom nationell fusionsrätt i allmänhet, tar uteslutande sikte på fusion mellan två *inhemska* aktiebolag. Detta förhållande framgår för svenskt vidkommande redan av ABL 14:1: "Ett aktiebolags samtliga tillgångar och skulder kan övertas av ett annat aktiebolag...". Med "aktiebolag" menas här ett svenskt aktiebolag. I kraft varande EU-rättsliga regler om gränsöverskridande fusioner saknas. Det är emellertid beslutat, att sådana regler kommer att införas inom en inte alltför avlägsen framtid (se härom möjligheten att enligt EU-rådets förordning nr 2157/2001 bilda SE-bolag genom bl.a. gränsöverskridande fusioner; förordningen träder i kraft den 8 oktober 2004.) Ett samgående, utan att vara lagtekniskt en fusion, måste därför organiseras på andra villkor, t.ex. genom att de samgående bolagen (från olika rättssystem) bildar ett gemensamt holdingbolag (enligt nyssnämnda förordning kan ett sådant vara SE-bolag, vilket tar över det samgående bolagets aktier genom en apportemission). Samgåendet kan också ske i form av direkta förvärv, så att det ena bolaget blir moderbolag och det andra dotterbolag. För det fall det skulle göras gällande, att de svenska bestämmelserna om absorption av helägt dotterbolag utgör en diskriminering av utländska "moderbolag", vilket påstående det i och för sig finns stöd för i lagbestämmelsernas ordalydelse, torde en korrigering ändå icke kunna materialiseras: Det utländska "moderbolagets" eget rättssystem synes i allmänhet utesluta en fusion mellan detta bolag och ett aktiebolag (dotterbolag) i ett annat rättssystem.
8. Rätten att påkalla inlösen av aktier enligt ABL 14:31–36 tillkommer ett "moderbolag", och dotterbolagets minoritetsaktieägare. På samma sätt som vid fusion gäller här att såväl moderbolaget som

dotterbolaget skall vara svenska aktiebolag. På grund av det EU-rättsliga icke-diskrimineringsförbudet medges emellertid numera allmänt i skiljerättslig inlösenpraxis utländska "moderbolag", i vart fall inom EES-området, rätt att påkalla inlösen. Bestämmelserna i fråga skall således tolkas så, att de avser såväl svenska som utländska moderbolag. Det är däremot ofrånkomligt att det aktiebolag i vilket aktie skall inlösas, dvs. "dotterbolaget", är ett svenskt aktiebolag. Minoritetsaktieägarnas domicil saknar betydelse för rätten till inlösen, men även omvänt, rätt för minoriteten att påkalla inlösen av sina aktier "i förhållande till moderbolag" inom EES-området.

4. "Annan juridisk person"

Med "annan juridisk person" förstås i första hand ett aktiebolag, men till kretsen hör också handels- och kommanditbolag. Fråga kan också vara om ekonomiska föreningar med andelsägande, särskilt som koncernförhållandet kan konstitueras direkt eller indirekt: Ett moderbolag kan utöva medlemskap i ekonomisk förening direkt och indirekt genom olika dotterföretag och på så sätt kontrollera den ekonomiska föreningen. I undantagsfall kan också förekomma, att företag är juridiska personer *sui generis*. Eftersom koncernbegreppet genomgående förutsätter, att det är möjligt att äga aktier eller andelar i en sådan juridisk person, och härutöver utöva kontroll genom röstetal eller på annat sätt över personen i fråga, måste varje sådan annan juridisk person uppfylla dessa koncerndefinitionens grundkriterier. Stiftelsen faller utanför kretsen, med hänsyn till att stiftelsen är självägande, och följaktligen icke kan ägas via aktier eller andelar. Det saknar därför betydelse om stiftelsen kontrolleras av ett svenskt aktiebolag på så sätt att bolaget utser stiftelsens styrelseledamöter. Enligt stiftelselagen kan däremot givetvis en stiftelsekoncern formeras genom att stiftelsen kontrollerar dotterföretag.

I här aktuellt avseende gör lagen ingen skillnad mellan svenska och utländska juridiska personer. Varje sådan juridisk person, oavsett domi-

cil, kan utgöra dotterföretag till ett svenskt moderbolag. Såsom berörs ovan, kom detta till *explicit* uttryck i den tidigare gällande koncerndefinitionen. Av förarbetena till årsredovisningslagen (prop. 1995/96:10 s. 176) framgår, att detsamma skall gälla fortsatt; någon saklig ändring har inte varit avsedd, trots avsaknaden av ett förtydligande i lagtexten. Vad som i ett rättssystem utanför Sverige konstituerar en juridisk person, måste självfallet prövas på grundval av principerna i detta rättssystem. Att det är de lokala bestämmelserna, dvs. domicillandets lag, som skall vara tillämpliga vid avgörandet av denna fråga, är också en princip som står i överensstämmelse med svensk internationell privaträtt (och för övrigt den internationella privaträtten i de flesta rättssystemen). Det är endast hänsyn till *ordre public* och liknande skäl som enligt svensk rätt kan frånkänna ett företag dess status som juridisk person, om domicillandets lag så föreskriver. Utfallet är detsamma vid prövningen av frågan, om det är möjligt att äga aktier eller andelar i den utländska juridiska personen. (Så t.ex. skall man inte förledas att tro att en engelsk eller amerikansk "trust" skall likställas med en svensk självägande stiftelse. I själva verket är olikheterna mellan en "trust" och en stiftelse betydande; dessutom kan en "trust" vara aktiebolagsrättsligt grundad). Nedan skall framgå att även andra frågor, t.ex. aktiens delbarhet i rösträtt och ekonomiska rättigheter, måste prövas enligt tillämpliga regler i det rättssystem, i vilket den juridiska personen hör hemma.

Vid prövningen av frågan, vad som konstituerar en juridisk person, måste man emellertid skilja mellan det förhållandet att ett utländskt rättssystem tillerkänner ett företag status av juridisk person, å ena sidan, och de grundläggande kriterierna för en juridisk person, å den andra. Vad som således föreskrivs i koncerndefinitionen är att varje företag, som enligt domicillandets lag *tillerkänns status* av juridisk person *i beaktande av* de svenska, grundläggande kriterierna för en sådan person, kan utgöra dotterföretag. De kriterier som avses är främst rättskapacitet, rättshandlingsförmåga, partshabilitet, m.m. Vad som skall gälla om dessa grundkriterier endast delvis uppfylls, så att t.ex. ett utländskt företag har rättshandlingsförmåga men inte partshabilitet, eller vice versa, är oklart. Det förefaller som om rättshandlingsförmågan är så grundläggande, att även om ett utländskt rättssystem t.ex. tillerkänner

en filial status av juridisk person, filialen inte erkännes såsom sådan enligt de svenska bestämmelserna vid fastställandet av koncernförhållande. (I exemplet har frågan måhända icke så stor praktisk betydelse, eftersom filialen ändå från redovisningssynpunkt i regel innefattas i "moderbolaget".)

5. Äga eller inneha aktier eller andelar

Enligt koncerndefinitionen kan ett koncernförhållande etableras på fyra alternativa grunder. Gemensam för samtliga, alternativa grunder är förutsättningen, att ett svenskt aktiebolag *innehar* eller *äger* aktier eller andelar i en annan, svensk eller utländsk, juridisk person, dvs. dotterföretag. Med "aktie" torde menas aktie i svenskt eller utländskt aktiebolag. Detsamma synes gälla andelar. Att så är fallet, framgår, såsom nämnts ovan, av förarbetena (prop. 1995/96:10, s. 176). Ovan har framhållits, att det av rättssystematiska skäl hade varit lämpligare, att den tidigare gällande koncerndefinitionens precisering, nämligen att med juridiska personer avsågs såväl svenska som utländska sådana, bibehållits. Med "aktie" menas eljest i ABL uteslutande aktie i svenskt aktiebolag, vilket tydligt framgår vid en kontextuell tolkning av lagtexten. Detsamma gäller, såsom ovan berörts, andra aktiebolagsrättsliga nyckelbegrepp. I övrigt gäller att en aktie utgör en andel i ett aktiebolag. Med begreppet "andel" i koncerndefinitionen torde förstås andelar i andra juridiska personer än aktiebolag. Det är emellertid inte uteslutet – enligt den teori som framförts ovan – att ordet "aktie" endast avser aktie i svenskt aktiebolag, och att "andelar" skall hänföras till andra, såväl svenska som utländska juridiska personer, inklusive utländska aktiebolag. Vid en sådan tolkning bibehålls också rättssystematiken i ABL.

Med ägandet eller innehavet av aktier eller andelar följer regelmässigt vissa ekonomiska och demokratiska rättigheter. Så är emellertid inte alltid fallet. Utgångspunkten i svensk aktiebolagsrätt är att aktien är odelbar i den meningen att rösträtten inte kan skiljas från äganderätten till aktien (odelbarhetsprincipen eller det s.k. splittingsförbudet). I svenska aktiebolag kan rösträtt inte utövas utan en grundläggande ägan-

derätt (en annan sak är sedan att aktieägaren kan ge annan fullmakt att utöva rösträtten). Av ABL 7:26, 1 st., och ABL 3 kap. följer, att ABL inte accepterar aktier utan rösträtt. (Ett motsvarande absolut förbud synes emellertid inte återfinnas i Aktiebolagskommitténs förslag till ny aktiebolagslag, SOU 2001:1, dvs. Lagförslaget. Förslaget föranleder den slutsatsen, att aktieliknande instrument utan rösträtt, t.ex. delägardebentures eller lånedebentures, återigen – sedan de förbjudits i 1944 års lag – skall bli lagliga. Därmed möjliggörs i praktiken aktier utan rösträtt. Odelbarhetsprincipens kärna, ingen rösträtt utan aktieägande, kvarstår emellertid.)

Andelarna kan således avse såväl svenska som utländska juridiska personer (inklusive aktiebolag). Med medlemskapet i en ekonomisk förening följer också en andel i föreningens ekonomiska utveckling och förmögenhet. Medlemmarna kan emellertid överenskomma att andelarna skall vara mer eller mindre frikopplade från rösträtten. Till skillnad från ett aktiebolag, i vilket rösträttsdifferensen inte får vara större än 1–10 (med undantag för vissa, äldre bolag), disponerar medlemmarna i en ekonomisk förening själva över rösträttsdifferensen. Detsamma gäller handels- och kommanditbolag. Såväl i ABL som i annan associationsrättslagstiftning saknas emellertid begränsningar vad gäller differensen avseende de ekonomiska rättigheterna. Om en särskild ordning i detta hänseende icke etablerats, gäller dock likhetsgrundsatsen (varom mera nedan i avsnitt VI).

Koncerndefinitionen föreskriver, att aktier eller andelar skall *innehas* (punkt 1) eller *ägas* (övriga punkter). Ett innehav av aktier kan grundas på annat än äganderätt, t.ex. panträtt. Enligt svensk aktiebolagsrätt medför dock panträtten inte rösträtt. Detta följer av odelbarhetsprincipen, nämligen att rösträtten skall grundas på äganderätt. Ett innehav av aktier eller andelar utan äganderätt har därför för närvarande endast betydelse i förhållandet mellan ett svenskt aktiebolag som moderbolag och ett utländskt företag med säte i ett rättsområde, i vilket rösträtten tillåts skiljas från äganderätten genom t.ex. pantsättning av aktier. I förhållandet mellan två svenska aktiebolag tillmäts endast ägandet relevans. Frågan, huruvida rösträtten kan skiljas från äganderätten till en aktie eller andel, och t.ex. medfölja panträtten, måste prövas enligt reglerna i det

rättssystem, vari företaget i fråga har sitt domicil. Om t.ex. engelsk eller amerikansk rätt föreskriver, att det råder frihet att avtala, att med pantsättningen av aktier eller andelar i företag i England eller i USA följer rösträtt, och pantsättning av aktier eller andelar i ett sådant företag sker till ett svenskt aktiebolag, skall givetvis den rösträtt som medföljer beaktas vid prövningen av frågan, huruvida koncernförhållande föreligger eller icke. Resultatet av en sådan prövning kan bli, att ett svenskt aktiebolag blir moderbolag till ett utländskt företag endast på grund av pantsättning av aktier eller andelar.

Den aktiebolagsrättsliga odelbarhetsprincipen torde vidare inte omfatta andelar i andra svenska juridiska personer än aktiebolag. Bolagsmännen och andelsinnehavare i handels- och kommanditbolag får anses vara fria att avtala om pantsättning av andelar inkluderande rösträtt. För ekonomiska föreningar följer av FL 3:2–3, att överlåtelse eller pantsättning av andel i förening inte med automatik ger medlemskap och därigenom rösträtt. Andelen manifesterar i princip de ekonomiska rättigheterna i föreningen, alltmedan medlemskapet medför de demokratiska. Med en sådan konstruktion kan således den aktiebolagsrättsliga odelbarhetsprincipen inte bli tillämplig inom föreningsrätten. (Se härom bl.a. Mallmén, Lagen om ekonomiska föreningar, tredje uppl. s. 121 ff. med vidare hänvisningar till den föreningsrättsliga litteraturen.) Innehavet av mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i en annan juridisk person enligt första punkten i ABL 1:5 kan således beträffande samtliga juridiska personer utom svenska aktiebolag, beroende på vad det utländska rättssystemet föreskriver, grundas på *annat än äganderätt* till aktierna eller andelarna.

Till skillnad från den tidigare gällande koncerndefinitionen förutsätter nu tillämplig definition, att *varje* koncernförhållande grundas på innehav eller ägande av aktier eller andelar. Möjligheterna att enligt tidigare gällande definition grunda ett koncernförhållande *uteslutande* på avtal eller någon annan form av inflytande har därmed övergivits. Ett bestämmande inflytande över ett annat företag *utan* ägande eller innehav ger följaktligen inte upphov till ett koncernförhållande. En annan skillnad är att ett koncernförhållande uteslutande på grundval av röster numera enligt punkt 1 i ABL 1:5 förutsätter, att innehavet avser *mer än*

hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar. Ett koncernförhållande kan därför inte längre uppkomma på grund av en praktisk majoritet, t.ex. när en större minoritetspost i praktiken på grund av ägarspridningen (ofta i kombination med passiviteten från övriga aktieägares sida) i ett aktiebolag ger faktisk röstmajoritet på bolagsstämmorna. Om således endast 50–60% av aktierna i ett aktiebolag normalt representeras på bolagsstämmorna, kan i fall av stor aktiespridning redan ett 20 %-igt aktieinnehav ge en praktisk majoritet. Denna fråga saknar emellertid numera betydelse. För att en *minoritetspost* skall kunna grunda ett koncernförhållande måste något av kriterierna i punkterna 2–4 vara uppfyllda i ABL 1:5. Utmönstringen av frågan om praktisk majoritet är enligt min mening välgrundad. Alltför ofta har frågan givit upphov till besvärande tillämpningssvårigheter, framför allt vid koncernredovisningen. En praktisk majoritet kan också ofta sammanhänga med att de beslut som fattas på bolagsstämmorna i ett aktiebolag i regel är okontroversiella. I fall av mera kontroversiella beslut kan emellertid förutses, att aktieägarna mobiliseras och aktiveras i större skala, varför den praktiska majoritetspositionen lätt kan förloras. Allmänt borde gälla att ett koncernförhållande inte skall konstitueras på grundval av mera tillfälliga, slumpmässiga förhållanden (i den utsträckning detta över huvud är möjligt).

Ordalydelsen i punkt 1 ABL 1:5 ger också vid handen, att koncernförhållande inte kan grundas på enbart ett innehav av häften av rösterna. I ett s.k. 50/50-bolag kan i enlighet härmed inget av ägarbolagen betecknas som moderbolag *uteslutande* på grund av röstinnehav. (Att sedan något av de andra kriterierna i punkterna 2–4 i bestämmelsen är uppfyllda, varför koncernförhållande ändå kan konstitueras, är en helt annan sak.) I detta avseende innebär den nya koncerndefinitionen inte någon ändring i förhållande vad som har gällt tidigare.

6. Om s.k. 50/50-bolag

Såsom ovan anförts, kan enligt ABL 1:5, p.1, ett ägande eller innehav av hälften av aktierna eller andelarna i ett annat företag i sig inte grunda

ett koncernförhållande, om inte förevaron av avtal eller andra omständigheter enligt punkterna 2–4 ger ett bestämmande inflytande. I ett s.k. 50/50-bolag skall därför inget av de delägande aktiebolagen betecknas som moderbolag, om icke något av bolagen givits ett bestämmande inflytande genom avtal eller på annat sätt. Vid tillkomsten av 1975 års ABL var situationen den motsatta. I samband härmed uttalades i förarbetena (prop. 1975:103 s. 279), att om aktiebolag som äger s.k. gemensamma dotterbolag (eller 50/50-bolag) genom avtal särskilt reglerar hur bestämmanderätten i bolaget skall utövas, och en sådan reglering innebär, att parterna endast gemensamt kan besluta i dotterbolagets angelägenheter, skulle de *båda* delägande bolagen betraktas som moderbolag. Följden härav var att varje sådant moderbolag skulle uppta dotterbolaget i sin koncernredovisning. Förarbetsuttalandet i fråga utsattes för åtskillig kritik (se t.ex. LU 1977/78:8 s.18). I anledning härav fick Bolagskommittén i februari 1978 i uppdrag att utreda frågan om en ändamålsenlig utformning av det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet i vad avser 50/50-bolag (1979 års kommittéberättelse, del II s. 22; 1974 års Bolagskommitté, Ju 1974:21). I ett slutbetänkande (SOU 1979:46, Koncernbegreppet m.m.), fann kommittén, att 50/50-bolag inte borde omfattas av koncernbegreppet, bl.a. med hänvisning till att ett sådant koncernbegrepp är missvisande i koncernredovisningssammanhang, att det från vinstutdelningssynpunkt är olämpligt att beakta ett företag, över vilket ett annat aktiebolag inte har bestämmande inflytande, som moderbolag, att koncernförhållande vid 50/50-bolag strider mot internationell koncernredovisningspraxis och att det i övrigt saknades sakliga skäl för att låta 50/50-bolag grunda ett koncernförhållande. Det enda kvarstående skälet för att behålla den ursprungliga koncerndefinitionen i vad avser 50/50-bolag, som påtalades av RSV, nämligen att om 50/50-bolag inte innefattades i koncernförhållanden, det förelåg risk för kringgåenden av utlåningsförbuden (se prop. 1979/80:143 s. 73), befanns vara klart otillräckligt för att bibehålla den tidigare ordningen.

Införandet av den nya koncerndefinitionen har inte inneburit någon ändring i den rättsliga kvalificeringen av 50/50-bolag. Delägande aktiebolag till sådana bolag eller företag skall således ej heller enligt gällande lag behandlas som moderbolag; ett 50/50-ägande grundar inte

koncernförhållande, givetvis förutsatt att icke något annat kriterium för bestämmande inflytande i punkterna 2–4 i ABL 1:5 är uppfyllt (se prop. 1995/96:10, del II s. 113). Ståndpunkten kommer för övrigt till klart uttryck i koncernbestämmelsens ordalydelse.

7. Rösträttsmajoritet utan bestämmande inflytande

Systematiken i ABL 1:5 är sådan, att rösträttsmajoriteten i punkt 1 är en *tillräcklig* förutsättning för koncernförhållande. Förutsättningen är dock inte nödvändig; nödvändigt är enligt punkt 1 endast något innehav eller ägande. Om ett ägande av aktier eller andelar *icke* ger rösträttsmajoritet, kan enligt punkterna 2–4 koncernförhållande ändå föreligga på grund av andra omständigheter. Punkterna 2–4 fungerar därmed som *komplement* till punkt 1. Någon kompletterande bestämmelse i *motsatt* riktning, dvs. när rösträttsmajoritet på grund av andra omständigheter, t.ex. avtal, *inte* ger bestämmande inflytande, finns icke. I den icke alldeles opraktiska frågan, vad som skall gälla när *rösträttsmajoritet* på grund av avtal eller andra omständigheter *icke* ger bestämmande inflytande, synes koncernbestämmelsen, *prima facie*, ge intrycket av att dessa övriga omständigheter skall sakna relevans: Rösträttsmajoritet är således en tillräcklig förutsättning för koncernförhållande. Det kan t.ex. förhålla sig så, att aktie- eller andelsägarna i ett företag i konsortialavtal, stadgar eller bolagsordning föreskrivit, att aktieägarna icke skall äga rätt att rösta för samtliga aktier. Att sådana föreskrifter är möjliga följer redan av ABL 9:5: I bolagsordningen kan föreskrivas, att aktieägarna icke skall få rösta för fulla antalet aktier som de äger eller företräder. (Tidigare gällde som bekant att aktieägare icke fick rösta för mer än 20 % av röstetalet för samtliga aktier, om annat icke föreskrivits i bolagsordningen.) Ingenting hindrar heller att aktieägarna i ett aktiebolag via bolagsstämman i bolagsordningen föreskriver, att t.ex. samtliga beslut av betydelse skall fattas i full enighet. Det förhållandet att ett aktieägar- eller konsortialavtal i och för sig icke binder bolaget (och naturligtvis ej heller de skilda bolagsorganen), utesluter inte att sådana avtal faktiskt kan medföra väsentliga rösträttsbegränsningar. På grund av sanktions-

systemet (avtalsviten, m.m.) kan ett sådant avtal med rösträttsbegränsningar, krav på enighet, etc. faktiskt sett ha verkan av att påtagligt reducera rösträtten. Eftersom rösträtten kan avse företag i rättssystem utanför Sverige, och sådana företag är underkastade domicillandets lag, måste vidare utredas, vad som gäller enligt domicillandets lag om rösträttsbegränsningar av allehanda slag i bolagsordningar, konsortialavtal, etc. Den svenska aktiebolagsrättsliga principen, att aktieägaravtalet (konsortialavtalet) icke binder bolaget, är ju knappast allmängiltig. Det kan tvärtom förmodas, att i många rättssystem binder ett aktieägaravtal, på samma sätt som bolagsordningen i Sverige, bolaget, eller t.o.m. att aktieägaravtalet skall jämställas med en bolagsordning (eller än vidare, att aktieägaravtalet utgör bolagsordningen). Det förhållandet att rösträtten trots ägandet kan vara begränsad på grund av avtal följer ju redan därav, att den svenska rättsordningen godtar, att en pantsättning enligt principerna i ett annat rättssystem också innebär ett överförande av rösträtt enligt svensk rätt.

Det ligger därför nära till hands att tolka kriteriet "innehav" i ABL 1:5, 1 p., som ett krav på *faktiskt förfogande* mot bakgrund av bl.a. nu angivna omständigheter. Med andra ord skall sådana omständigheter som enligt ABL 1:5 punkterna 2–4 medför att en rösträttsminoritet ändå konstituerar ett koncernförhållande också kunna ges motsatt verkan, så att samma typ av omständigheter, men med motsatt effekt, leder till att en rösträttsmajoritet inte konstituerar ett koncernförhållande, därför att på grund av dessa omständigheter ett *faktiskt innehav* eller *förfogande* icke föreligger. Varje utvidgning av koncernbestämmelsen genom en extensiv tolkning eller tillämpning (t.ex. analogivis) skall kunna ske i båda riktningarna, så att inte endast en rösträttsminoritet medför koncernförhållande utan också så att en rösträttsmajoritet utesluter koncernförhållande. För det fall t.ex., såsom diskuteras nedan, en rösträttsminoritetsandel i ett bolag skulle vara förenad med en option att vid anfordran förvärva så mycket aktier att en majoritet kan uppnås, kan koncernförhållande möjligen sägas föreligga redan på grund av optionen. På motsvarande sätt bör en rösträttsmajoritet med option för annan aktieägare eller utomstående att förvärva så många aktier vid anfordran, att majoritetsandelen omvandlas till en minoritetsandel, icke kunna

konstituera koncernförhållande. Full klarhet i denna del kan emellertid inte uppnås med stöd av lagtext och dess förarbeten. Det här förespråkade synsättet saknar uttryckligt lagstöd. Ordvalet i bestämmelsen – "förfoga över röster" – indikerar emellertid enligt min mening starkt, att den ovan givna tolkningen är förenlig med bestämmelsens ändamål och lagstiftarens intentioner.

8. Koncernförhållande på grund av ägande och avtal (punkten 2)

Såsom ovan påtalats, kan ett avtal icke ensamt grunda koncernförhållande. Varje kompletterande punkt i ABL 1:5 förutsätter ett ägande av aktier eller andelar i företaget. Härutöver ställs emellertid inga minimikrav på ägandet. *En* aktie eller andel borde därför vara tillfyllest (även om ordalydelsen ger vid handen, att ägandet skall avse "aktier" eller "andelar", dvs. i pluralis). Enligt här aktuell punkt skall koncernförhållande konstitueras när moderbolaget på grund av avtal med andra delägare i en juridisk person förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar, och moderbolaget äger minst en aktie eller andel självt. I lagförarbetena (1995/96:10, del II s. 177) har förutsatts, att fråga skall företrädesvis vara om konsortialavtal, aktieägaravtal eller liknande. Avtalets rubricering är givetvis av underordnad betydelse. Avgörande är om avtalet enligt sitt innehåll med bindande verkan ger det potentiella moderbolaget bestämmande inflytande. Variationsrikedomen får antas vara stor i detta hänseende . Således kan förekomma allt ifrån rena rösträttsavtal till utvecklade samarbetsavtal, vilket t.ex. ger en större investerare ett bestämmande inflytande över flertalet eller alla väsentliga beslut i bolaget (sådana avtal förefaller vara vanliga inom vissa delar av det svenska näringslivet). Av slutsatserna ovan i avsnittet om 50/50-bolag får anses följa, att en avtalad *vetorätt* icke i och för sig kan ge det föreskrivna bestämmande inflytandet. Det får tvärtom antas, att det bestämmande inflytandet måste uppnås genom avtalsbestämmelser av positivt eller offensivt innehåll, så att det poten-

tiella moderbolaget ges rätt att med stöd av bestämmelserna självständigt besluta om "dotterföretagets" förvaltning och i övrigt i sådana delar som endast förutsätter enkla majoritetsbeslut på bolagsstämman. Kravet på rösträttsmajoritet för koncernförhållande får anses utesluta, att det bestämmande inflytandet också skall avse sådana beslut på bolagsstämman som erfordrar mer än enkel (eller absolut) majoritet. Ändamålsskäl talar för att det bestämmande inflytandet skall gälla främst dotterföretagets förvaltning.

Såsom berörts ovan, innehåller lagtexten i punkt 2 inga begränsningar av avtalsformen. För aktiebolag (ekonomiska och ideella föreningar) torde allt som oftast en överenskommelse om ett förfogande över röster komma till uttryck i ett aktieägar- eller konsortialavtal, stundom också benämnt samarbetsavtal. Mindre vanliga torde de rena röstavtalen vara. Vid tillämpningen av den äldre koncerndefinitionen var det oklart (och omstritt) om ett koncernförhållande överhuvudtaget kunde uppkomma genom ett konsortialavtal (se prop.1995/96:10 del II s.107). Oklarheten synes ha sammanhängt med den svenska aktiebolagsrättens utgångspunkt, att aktieägarna (medlemmarna i en förening) i avtal icke binder bolaget (föreningen), varför bolagsorganen (givetvis innefattande bolagsstämman) har friheten att helt bortse ifrån avtalet mellan delägarna. Aktieägarna utanför ordinarie eller extra bolagsstämma utgör inte ett bolagsorgan. (Se om aktieägaravtalets obligationsrättsliga verkan och bolagsrättsliga effekter i England, USA och Tyskland, bl.a. Johansson, Bolagsstämma s. 497 f. och Roos, Avtal och rösträtt s. 287 ff.). Synsättet kan förefalla väl artificiellt i beaktande av den omständigheten att den överväldigande majoriteten av aktiebolag i Sverige utgörs av en- eller fåmansbolag. Principen får emellertid betydelse i konfliktsituationer. Det är endast vid bolagsstämman som rösterna kan räknas mot bakgrund av aktieägandet (och eventuella fullmakter). Bolagsstämmans beslut kan inte ändras på grund av allehanda öppna eller dolda överenskommelser om förfogandet över rösterna. Denna aktiebolagsrättsliga ordning är välgrundad. Om sedan en aktieägare på bolagsstämma begagnar sin rösträtt i strid med en överenskommelse med annan delägare, föreligger ett avtalsbrott, som avtalets parter har att hantera. Innehåller avtalet sanktioner, t.ex. i form av avtalsviten mot

utövandet av rösträtten i strid med avtalet, binder självfallet även sådana bestämmelser avtalsparterna. Sanktionerna innebär säkerligen, beroende på utformningen av dem (och avtalsvitesnivåerna) mer eller mindre starka incitament för parterna att följa avtalet. För det fall rösträttsbestämmelserna i ett konsortialavtal överförts till bolagsordningen, är de emellertid – och självfallet – bindande för bolagsorganen, förutsatt att de i övrigt är förenliga med ABL.

Här kan erinras om det aktieägaravtal som tecknades mellan svenska och norska staten – på grundval av svensk rätt – vid försöket till samgående mellan Telia AB och Telenor A/S. Samgåendet genomfördes inledningsvis så att respektive stat överförde sina aktier i Telia respektive Telenor i samband med en apportemission till ett nybildat bolag, vars aktier sålunda i utbyte mot Telia- och Telenor-aktier emitterades till den svenska och norska staten. I aktieägaravtalet mellan staterna föreskrevs bl.a., att vissa styrelsebeslut i det nybildade bolaget skulle tas med enighet. Avtalsbestämmelserna om styrelsebeslut m.m. hade emellertid inte införlivats i det nybildade bolagets bolagsordning. Med en svensk representant (i allmän mening) som styrelseordförande – avsikten i aktieägaravtalet var att styrelseordförandeskapet skulle växla mellan staterna – beslutade styrelsen i kraft av styrelseordförandens utslagsröst i enlighet med bestämmelserna om styrelsebeslut i ABL att förlägga viss gemensam verksamhet till Sverige. När företrädare för den norska staten påtalade, att beslutet stod i strid med aktieägaravtalet, hänvisade styrelseordföranden och den svenska statens representant bl.a. till den ovan omtalade principen om att bolagsorganen icke är bundna av aktieägaravtalet. Dessutom gjorde sistnämnda representant en annan tolkning av de av den norska staten åberopade avtalsbestämmelserna. I det uppkomna läget hade det – i alla fall teoretiskt – varit möjligt för den norska staten i egenskap av en betydande aktieägare (40 %) att få till stånd en extra bolagsstämma, för att där på grundval av aktieägaravtalets ifrågavarande bestämmelser i kombination med avtalets sanktionssystem (avtalsvite) framtvinga ett beslut om att instruera styrelsen, att återkalla det tidigare beslutet och därefter fatta ett nytt beslut i enlighet med bolagsstämmans instruktioner. Sådana instruktioner är givetvis bindande för styrelsen. Saken hade därmed ställts på sin spets: För det

fall den svenska staten såsom aktieägare på bolagsstämman hade röstat mot det norska förslaget, skulle visserligen ett giltigt bolagsstämmobeslut i enlighet med förslaget icke föreligga, men den svenska staten skulle samtidigt bryta mot aktieägaravtalets ifrågavarande bestämmelser, allt under förutsättning att den norska tolkningen av dessa var riktig. Såvitt är bekant, försökte emellertid den norska staten icke få till stånd en extra bolagsstämma, utan den uppkomna tvisten löstes sedermera i ett förlikningsavtal mellan parterna, varefter det första, tekniska embryot till ett samgående upplöstes.

I den nu gällande koncernbestämmelsen skall emellertid förekomsten av avtal mellan delägare beaktas, i den mån sådana avtal innebär en omfördelning av röster i förhållande till rösterna vid en bolagsstämma. Bolagsstämmans beslut skall visserligen, såsom tidigare, icke påverkas av konsortialavtalet. I stället skall olika rösträttsdispositioner i sådana avtal kunna grunda koncernförhållande. Tanken är att det bestämmande inflytande som icke kan erhållas uteslutande på grund av aktieinnehav och röster, istället uppnås genom avtalets och avtalsrättens sanktionsmekanismer. Resonemanget vilar på det i och för sig välgrundade antagandet, att avtalsparterna är benägna att följa avtalet, och ogärna i beaktande av sanktionsreglerna bryter däremot. Det får antas, att även om avtalet icke innehåller uttryckliga sanktionsbestämmelser, allmänna, avtalsrättsliga skadeståndssanktioner oftast utgör ett tillräckligt påtryckningsmedel. (Realismen i detta påstående kan ifrågasättas mot bakgrund av de betydande svårigheterna i många fall – beroende på konsortialavtalets utformning, omfattning, hur många delägare som är bundna av avtalet, etc. – att påvisa skada, kausalsamband, adekvat kausalitet, etc. vid avtalsbrott.) Lagstiftaren förefaller emellertid att förutsätta, att det allmänna, avtalsrättsliga sanktionssystemet är tillfyllest för att grunda en slags presumtion för att parterna till ett konsortialavtal följer rösträttsbestämmelserna däri.

Frågan är sedan hur dessa rösträttsbestämmelser skall gestaltas för att konstituera ett "förfogande" av röster. Ovan har redan påtalats, att avtalets rubricering är av underordnad signifikans. Vad som är av avgörande betydelse är fastmera, att två eller flera delägare i ett bolag med bindande verkan har avtalat så att någon delägare förfogar över fler röster

på bolagsstämman än vad aktieägandet i sig motiverar. I koncernbestämmelsen föreskrivs visserligen, att avtal skall föreligga med "andra delägare" (i pluralis). Något skäl att bortse ifrån avtal med "annan" delägare föreligger dock icke. Ordet "andra" skall därmed tolkas så att det inbegriper "annan" delägare. Lagtexten indikerar ej heller någon begränsning till konsortialavtal eller liknande, även om lagförarbetena företrädesvis uppehåller sig vid sådana avtal (se prop. 1995/96:10 del II s. 177). Att avtalsparten måste vara *delägare* står dock klart. Den part som ges utökad förfoganderätt över röster på grund av avtalet måste också vara delägare, vilket framgår ingressen i punkt 2, nämligen den allmänna förutsättningen att denna part "äger aktier eller andelar i den juridiska personen". Varje avtal, som innebär ett förfogande av röster utöver vad aktieägandet medger, synes vara omfattat av bestämmelsen. I det följande ges några exempel.

1. Först berörs ett avtal, enligt vilket en delägare till förmån för annan delägare *pantsätter* aktier eller andelar, varmed följer rätten att utöva de med aktierna eller andelarna förenade rösterna. Såsom ovan påtalats, kan en sådan pantsättning icke med bindande verkan avse aktier i *svenska* aktiebolag. Det är emellertid oklart om en sådan pantsättning kan avse andelar i svenska handels- eller kommanditbolag eller ekonomiska eller ideella föreningar. Odelbarhetsprincipen förefaller endast gälla *aktier* och inte andra andelar. Dessutom kan pantsättningen med överföring av rösträtt givetvis avse utländska juridiska personer i sådana rättssystem där odelbarhetsprincipen icke etablerats. Härvidlag föreligger en viss *överlappning* med koncernbestämmelsens första punkt, vilken emellertid inte förutsätter att panthavaren vid pantsättningen är delägare i bolaget (att pantsättaren är delägare följer av sig självt).
2. Med avtal, enligt vilket aktieägare *förbinder sig att rösta på* visst sätt på bolagsstämma, följer också specifika problem. Liknande avtal kan självfallet avse förbindelse för bolagsman i handels- eller kommanditbolag, eller medlem i ekonomisk eller ideell förening. Fråga kan t.ex. vara om avtal, enligt vilket aktieägare förbinder sig att bevilja tidigare styrelseledamöter i ett aktiebolag ansvarsfrihet

på ordinarie bolagsstämma, sedan aktierna i bolaget överlåtits och förvärvaren utsett nya styrelseledamöter. En sådan avtalsbestämmelse har alldeles för temporär och avgränsad karaktär för att kunna grunda ett koncernförhållande. Detsamma gäller villkor i avtal aktieägare emellan (eller aktieägare och bolagets borgenärer emellan) om aktieägartillskott eller eftergift, m.m., enligt vilket aktieägare förbinder sig att på bolagsstämma rösta för en viss form av utdelningsbeslut. För att ett avtal om *röstdirigering* skall kunna grunda ett koncernförhållande får förutsättas, att avtalet har en mera *varaktig* och *allmängiltig* prägel, t.ex. avtal, enligt vilket en delägare, i vart fall från ett räkenskapsår till ett annat, förbinder sig att på bolagsstämman rösta i enlighet med en annan delägares förslag och vilja i förvaltningsfrågor i allmänhet (sådana avtal tillhör säkert ovanligheterna). Vidare kan förekomma avtal som helt eller delvis begränsar delägares rätt att på bolagsstämman utöva rösträtten för aktierna. Så t.ex. kan föreskrivas, att delägaren över huvud icke får utöva rösträtt för aktierna, eller endast delvis har rätt härtill, t.ex. med angivande av procentandel eller liknande. Ett utövande av rösträtten i strid med sådana avtalsvillkor på bolagsstämman gäller givetvis fullt ut, men konstituerar ett avtalsbrott. Effekten av sådana avtalsvillkor skall städse vara, att ge motparten ett bestämmande inflytande i bolaget. I annat fall är koncernbestämmelsen icke tillämplig.

3. Ett avtal om förfogande av röster kan också konstrueras så, att en delägare förbinder sig att inför varje bolagsstämma, eller varje år (med hänsyn till att enligt ABL 9:3, 1 st., andra meningen, en fullmakt gäller högst ett år från utfärdandet) utfärda fullmakt till förmån för annan delägare, att utan behörighets- eller befogenhetsinskränkningar rösta för fullmaktsgivarens aktier.
4. Ett avtal kan också innebära en från bolagsordningen avvikande rösträttsdifferentiering som grundar ett koncernförhållande (jfr punkt 2 ovan om rösträttsbegränsning).
5. Det förhållandet att ett avtal stipulerar, att delägarna och avtalsparterna emellan full enighet skall råda i väsentliga förvaltningsfrågor, synes i enlighet med vad som ovan anförts om 50/50-bolag icke

utgöra ett sådant förfogande över röster som en tillämpning av koncernbestämmelsen förutsätter. Enighetskravet innebär en vetorätt för samtliga avtalsparter och grundar icke ett bestämmande inflytande för en av avtalsparterna. Om avtalet i stället formuleras så, att endast en av delägarna ges vetorätt, synes en sådan exklusiv vetorätt kunna grunda koncernförhållande (förutsatt en grad av allmängiltighet i förvaltningsfrågor). En vetorätt av den karaktären utrustar innehavaren i praktiken med ett effektivt maktinstrument. För att undvika en förlamning av bolagets verksamhet, tvingas de övriga delägarna ofta att underkasta sig vetorättsinnehavarens vilja. Mot det nyss sagda kan emellertid ställas den omständigheten att en bolagsstämma i ett svenskt aktiebolag realiter endast mera sällan behandlar och beslutar om sådant som är att hänföra till bolagets allmänna förvaltning. Visserligen ger aktiebolagsrätten bolagsstämman rätten att besluta om allt sådant som rör bolagets förvaltning, genom t.ex. instruktioner eller direktiv till styrelsen om beslut eller verkställighet av bolagsstämmans beslut. Det är emellertid sällsynt att denna rätt begagnas i någon större utsträckning. I frågor som rör bolagets allmänna förvaltning synes därför ett förfogande över röster enligt punkt 2 få sin största betydelse i beslut som rör utseende och avsättande av styrelseledamöter, beviljandet av ansvarsfrihet för dessa och för verkställande direktören, etc. Därmed förefaller punkt 2 i koncernbestämmelsen att sammanvävas med punkt 3. För det fall den exklusiva vetorätten också omfattar frågor om styrelsens sammansättning, kan ett koncernförhållande grundas på såväl punkt 2 som punkt 3 i koncernbestämmelsen. En exklusiv vetorätt i avgränsade frågor, utan beröringspunkter med styrelsens sammansättning, synes dock icke kunna grunda koncernförhållande.

6. Om ett aktieägar- eller konsortialavtal i ett rättssystem utanför det svenska binder bolagsorganen, helt eller delvis, eller om avtalet rättsligt skall likställas med en bolagsordning i svensk mening, måste givetvis detta förhållande beaktas vid prövningen av om ett svenskt aktiebolag har det bestämmande inflytandet över en utländsk juridisk person i rättssystemet i fråga. Ovan har bedömts,

att en sådan omständighet kan leda till att ett koncernförhållande enligt punkt 1 i koncernbestämmelsen inte föreligger, trots rösträttsmajoritet. Samma eller liknande omständigheter kan emellertid leda till att en annan delägare därigenom ges bestämmande inflytande enligt punkt 2 i koncernbestämmelsen.

7. Vad som ovan sagts om aktieägaravtalet relativt bolagsstämman och övriga bolagsorgan gäller, *mutatis mutandis*, ekonomiska föreningar (ävensom ideella föreningar). Ett avtal mellan medlemmarna binder inte föreningsstämman eller övriga föreningsorgan. Avtalet kan emellertid ges sådant innehåll och utlösa effekten, att *en* av medlemmarna ges bestämmande inflytande över föreningens verksamhet.
8. I handels- och kommanditbolag fungerar det grundläggande avtalet bolagsmännen emellan som en konstitution motsvarande bolagsordningen i aktiebolag. För sådana juridiska personer upprätthålls inte den i aktiebolagsrätten givna distinktionen mellan aktieägare utanför och på bolagsstämman. Till skillnad från aktiebolagsrätten, där bolagsstämman är av tvingande karaktär, innehåller handelsbolagsrätten inga tvingande bestämmelser om handelsbolagsstämma eller liknande. Ett avtal mellan bolagsmännen har därför en direkt effekt på handelsbolagets förvaltning. Förhållandena får här antas vara mycket varierande vad gäller att tillförsäkra en eller annan bolagsman ett bestämmande inflytande. Även om komplementären i ett kommanditbolag i lagen ges bestämmanderätten över förvaltningsfrågorna, kan bolagsmännen i avtal föreskriva annat (se lagen om handelsbolag och enkla bolag 3:4). Ingenting hindrar heller bolagsmännen att utforma organisationen i ett handelsbolag med många delägare på samma sätt som i ett aktiebolag och därvid tillerkänna – eller frånkänna – bolagsavtalet status av bolagsordning. Avtalsfriheten är således betydande och det bestämmande inflytandet för en delägare kan konstitueras på mångahanda sätt. Rättssystem utanför Sverige kan dessutom antas såväl utvidga som inskränka denna avtalsfrihet. Svensk rätt begränsar inte heller bolagsmännens avtalsfrihet vad gäller rösträttsdifferentiering. Bolagsmännen har vidare frihet att avtala om en fördelning av

andelar som inte korresponderar med bolagsmannaskapet. (En annan sak är sedan att skatterätten kan medföra, att denna avtalsfrihet inte alltid utnyttjas fullt ut.) Det tvingande borgenärsskyddet inom handelsbolagsrätten gäller oberoende av den interna ordning som bolagsmännen avtalat för förvaltningen av bolagets angelägenheter. För att fastställa om ett avtal av här aktuellt slag ger ett bestämmande inflytande på grund av förfogande av röster, erfordras icke sällan en grundlig analys av avtalet. Det är inte uteslutet att en kommanditdelägare med en relativt begränsad ekonomisk insats i bolaget genom en rösträttsdifferentiering i avtalet ges bestämmande inflytande. Följden härav blir naturligen att *komplementären* icke kan anses ha ett bestämmande inflytande, oavsett vad lagen föreskriver härom.

9. En delägare i ett aktiebolag (svenskt eller utländskt) kan vidare inneha *konvertibla skuldebrev*, och således potentiella aktier och röster. Skuldebrevet i sig, oavsett om det utformas som ett vinstandelsbevis, delägardebenture, eller kallas för obligation, etc., ger självfallet ingen rösträtt. I praxis har visserligen förekommit att konvertibelinnehavare (t.ex. innehavare av prediebrev i Havsfrun AB) givits inflytande över specifika frågor; detta inflytande har emellertid varit alltför avgränsat för att kunna konstituera ett bestämmande inflytande över bolagets förvaltning. Allmänt sett torde icke heller rätten att konvertera grunda ett bestämmande inflytande (jfr prop. 1975:103 s. 279: "Däremot anser jag att den omständigheten att ett aktiebolag förvärvar konvertibler och obligationer, som utgivits av ett annat aktiebolag, inte kan konstituera ett koncernförhållande.") Därmed är inte uteslutet att särskilda villkor knutna till konverteringsrätten kan vid tillkommande, speciella omständigheter få verkan av en exklusiv vetorätt (jfr ovan 5 p.). Detta kan vara fallet om t.ex. konverteringsrätten kan påkallas vid anfordran, och den dessutom avser så många aktier, att rättighetsinnehavaren (dvs. borgenären) vid konvertering erhåller rösträttsmajoritet, samt konverteringen kan genomföras utan större tidsutdräkt. Situationen under sådana förhållanden kan jämföras med en *option att förvärva aktier* (eller teckningsoptioner). En option vid

anfordran eller intermittent efter vissa, kortare tidsintervaller (t.ex. var tredje eller var sjätte månad) kan mycket väl ge bestämmande inflytande och konstituera koncernförhållande, naturligtvis beroende på optionsvillkoren i övrigt (främst priset), och det antal aktier optionen avser (här förutsätts att optionen ger rösträttsmajoritet tillsammans med övrigt innehav av aktier). Om priset för aktierna enligt optionen är förmånligt för innehavaren, kan icke sällan risken för att optionen påkallas innebära ett så starkt påtryckningsmedel på utställaren av optionen att den faktiska bestämmanderätten över bolagets förvaltning får anses ligga hos optionsinnehavaren. Visserligen – och det faller av sig självt – kan optionsinnehavaren rättsligt sett inte utöva någon bestämmanderätt över bolagets förvaltning på bolagsstämma eller eljest, men möjligheten att *faktiskt* utöva inflytande härutinnan kan vara betydande. Deltagandet i bolagets förvaltning sker indirekt medelst direktiv, påtryckningar, etc. Det skall emellertid betonas, att fallen där konvertibler eller optioner grundar koncernförhållande får antas tillhöra undantagen.

9. Inflytande över styrelsesammansättningen (punkt 3)

Punkt 3 i koncernbestämmelsen förefaller icke ge upphov till lika stora tillämpningssvårigheter som punkt 2. En rätt att utse eller avsätta fler än hälften av styrelseledamöterna i ett aktiebolag (ekonomisk eller ideell förening) eller ledamöterna i motsvarande ledningsorgan i ett handels- eller kommanditbolag, eller utländsk juridisk person, innebär erfarenhetsmässigt ett bestämmande inflytande över bolagets allmänna förvaltning. Det är sedan icke helt givet att rättigheten i fråga är så utformad, att den medför ett bestämmande inflytande. Så t.ex. kan rättigheten vara begränsad till att avse vissa tidpunkter med långa tidsintervaller (t.ex. vartannat eller vart fjärde år). Det kan också förutses att en rätt att utse styrelseledamöter icke alltid förenas med en rätt att avsätta desamma. I en sådan situation kan styrelseledamöterna tillförsäkras en självständighet som motverkar det bestämmande inflytandet. (Härvid skall understrykas, att det i associationsrätten allmänt förutsätts, att styrelseleda-

möterna är självständiga i förhållande till olika aktieägargrupper, ävensom den grupp av aktieägare som eventuellt verkat för tillsättningen av styrelseledamoten i fråga, och har att först och främst ta tillvara det bolagets intressen, i vilket de fungerar som styrelseledamöter. Att sedan de ekonomiska realiteterna stundom ser annorlunda ut, är en annan sak.)

Ordalydelsen i förevarande punkt, "utse *eller* avsätta", ger vid handen, att enligt lagstiftarens mening *rätten att avsätta* fler än hälften av styrelseledamöterna är *tillräcklig* för att konstituera koncernförhållande. Förhållandet antyder att avsättningsrätten, såsom lagstiftaren ser saken, i och för sig utgör ett så starkt maktinstrument, att den i likhet med en exklusiv vetorätt, option under vissa omständigheter, m.m. enligt vad som utvecklats ovan, kan grunda ett koncernförhållande. Synsättet kan ifrågasättas. På samma sätt som en exklusiv vetorätt, option, konvertibel, m.m. kan endast de speciella omständigheterna i varje enskilt fall leda till en slutsats om koncernförhållande. Såsom lagen har utformats, ger dock inte punkt 3 och rekvisitet "utse eller avsätta" något utrymme för sådana överväganden *in casu*. Lagtexten lämnar inget utrymme för en annan tolkning: Rätten att utse *eller* avsätta fler än hälften av styrelseledamöterna grundar i sig koncernförhållande.

Bestämmelsen är ett resultat av EU:s sjunde bolagsdirektiv, Artikel 1.1b, som är en tvingande direktivföreskrift. Den svenske lagstiftaren har i beaktande härav icke givits tillfälle till ändamålsöverväganden av här antytt slag. I punkt 3 förutsätts sålunda, att rätten att utse eller avsätta styrelseledamöter (eller motsvarigheten härtill) definitionsmässigt skall konstituera ett bestämmande inflytande. Bestämmelsen är vidare kategorisk i det avseendet att den inte lämnar utrymme för ett beaktande av omständigheter som talar i motsatt riktning, dvs. att bestämmande inflytande inte föreligger, t.ex. på grund av avtal, bolagets organisation i övrigt, bolagsstämmans faktiska inflytande över styrelsen, eller andra omständigheter. På så sätt skiljer sig nu gällande koncernbestämmelse väsentligt från den äldre koncerndefinitionen. Ändamålsenligheten av bestämmelsen hade säkerligen förstärkts om ordet "eller" hade ersatts av ett "och".

Såsom i övrigt i punkterna 2–4 i koncernbestämmelsen förutsätts även vid tillämpningen av punkt 3, att den som givits rätt att utse eller avsätta styrelseledamöter åtminstone äger en aktie eller andel i bolaget i fråga.

Enligt ABL 8:6 får i bolagsordningen förskrivas, att en eller flera styrelseledamöter skall utses på annat sätt än av bolagsstämman. För publika bolag gäller emellertid den begränsningen att endast färre styrelseledamöter än hälften av det totala antalet ledamöter kan utses på det föreskrivna sättet. I privata bolag kan däremot samtliga ledamöter utses på nämnda sätt. Punkt 3 i koncernbestämmelsen kan därför antas få sin största betydelse i vad avser privata bolag. Därutöver gäller enligt ABL 8:6 att styrelsen eller en styrelseledamot inte får ges rätt att utse styrelseledamöter.

Rätten att utse eller avsätta styrelseledamöter kan ha kommit till uttryck i avtal eller i bolagsordningen. Uttrycksformerna kan givetvis variera beroende på typen av juridisk person och domicilland. Har rätten stipulerats i avtal, föreligger en situation motsvarande den som regleras i punkt 2 i koncernbestämmelsen. Avtalsbestämmelsen är inte bindande för bolaget, men förekomsten härav och dess indirekta, tvingande natur, utgör ett tillräckligt maktinstrument för att grunda koncernförhållande. Den ifrågavarande punkten ger ej heller några undantag för *kortvariga* avtalsförhållanden. Utformningen av bestämmelsen kan t.ex. medföra att ett kreditinstitut, som äger en aktie i annat bolag, betraktas som moderbolag i förhållande till detta på grund av ett mera tillfälligt avtal om rätt för kreditinstitutet att utse *eller* avsätta styrelseledamöter i bolaget. Avtalsföreskrifter om rätt att utse eller avsätta styrelseledamöter bör således utformas med stor försiktighet.

10. Rätten att ensam utöva ett bestämmande inflytande på grund av avtal med bolaget (punkt 4)

I lagförarbetena (prop. 1995/96: 10 del II s. 111 f. och 177) uttalas beträffande denna punkt 4 i koncernbestämmelsen, att avtal och bolags-

ordningsbestämmelser av det slag som avses i punkten inte kan göras gällande i svenska aktiebolag. Skälet härtill är enligt förarbetena, att bolagsorganen saknar befogenhet att träffa avtal som innebär att de avsäger sig sin beslutanderätt. Det är inte heller möjligt att genom bestämmelse i bolagsordningen sätta bolagsstämmans beslutanderätt ur spel. Bestämmelsen får därmed relevans främst beträffande utländska juridiska personer, vars domicillands rättsordning accepterar avtalsbestämmelser av ifrågavarande slag. De principer som legat till grund för förarbetsuttalandena är tillämpliga också på svenska ekonomiska föreningar, ävensom ideella föreningar, men däremot knappast handels- eller kommanditbolag.

I lagförarbetena (prop. 1995/96:10 del II s. 177) har antagits, att punkt 4 får sin främsta betydelse för koncernförhållanden relativt utländska företag med domicil i en rättsordning, som godkänner avtal av i stadgandet ifrågavarande slag. (Så tycks vara fallet i tysk rätt, där det finns särskilda bestämmelser om "Beherrschungsvertrag" i den tyska aktiebolagslagen, Aktiengesetz, § 291, 308, se härom Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 615.) I svenska dotterföretag torde sådana avtal i vart fall vara möjliga såvitt avser handels- och kommanditbolag (se Nial, Om handelsbolag och enkla bolag, 3 uppl. s. 122 ff., ävensom Lindskog, Lagen om handelsbolag och enkla bolag s. 491 ff. och 975 ff.). Bestämmelserna rörande den interna organisationen och förvaltningen i handels- och kommanditbolag är så gott som genomgående dispositiva (undantaget är den tvingande bestämmelsen i lagen om handelsbolag och enkla bolag 2:5 om bolagsmans kontrollrätt). För dotterföretag som är svenska aktiebolag synes – även om saken inte är slutgiltigt klarlagd – emellertid gälla, att en bolagsstämma inte kan delegera sin beslutskompetens till annan, ej ens genom föreskrifter i bolagsordningen, om annat inte uttryckligen stadgats i ABL (se härom Åhman, *op.cit.* s. 615 ff.). De uttryckliga undantag från denna huvudregel som ges i ABL återfinns i ABL 4:15 om bolagsstämmas rätt att bemyndiga styrelsen att fatta beslut om nyemission, om emission av konvertibler m.m. i ABL 5:9, om förvärv av egna aktier i ABL 7:11, 2 st., och om utseende av styrelseledamöter i ABL 8:6.

Bolagsstämmobesluten i sådana frågor förutsätter endast enkel majoritet, om annat icke föreskrivits i bolagsordningen.

Bolagsordningsföreskrifter i svenska aktiebolag, enligt vilka styrelsen skall överta sådan bolagsstämmans beslutskompetens som icke uttryckligen kan delegeras till styrelsen, torde följaktligen icke kunna tillerkännas någon verkan. Detsamma skall gälla delegation genom bolagsordningen till utomstående person, organisation eller motsvarande. Slutsatsen måste bli densamma beträffande ekonomiska och ideella föreningar, och vad i föreningsstadgarna kan stipuleras som delegation av föreningsstämmas beslutskompetens. Om betydelsen av begreppet "bolagsstämma" för den ifrågavarande problematiken, se nedan avsnitt VIII. 3.

Beaktas bör i sammanhanget, att den delegation som punkt 4 i koncernbestämmelsen förutsätter, och som skall ske genom bolagsordning eller föreningsstadgar, m.m., inte rimligen kan avse *enskilda ärenden* inom bolagsstämmans beslutskompetens, utan endast så stor del av kompetensen att den till vilken delegation sker erhåller ett bestämmande inflytande. Om nu delegation icke ens kan ske i enskilda frågor, med de angivna undantagen, förefaller det uteslutet att delegation genom bolagsordning eller föreningsstadgar, eller på liknande sätt, skall kunna ske i sådan omfattning att den utomstående delegaten ges ett bestämmande inflytande.

Samtidigt skall emellertid erinras, att det bestämmande inflytandet enligt koncernbestämmelsen företrädesvis avser aktiebolagets (föreningens) förvaltning. Förvaltningsbefogenheterna tillkommer i första hand styrelsen. På grund av bolagsstämmans (föreningsstämmans) s.k. omnipotens har stämman möjlighet att med bindande verkan genom direktiv, föreskrifter, instruktioner, m.m. att påverka styrelsens förvaltning. Styrelsen är skyldig att efterkomma stämmans direktiv, förutsatt att ett sådant inte strider mot lag, bolagsordning, etc.. (Se härom bl.a. Åhman, *op.cit.* s. 594 ff.) Det är dock omtvistat hur långt stämman på grund av sin omnipotens kan inskränka eller överta styrelsens förvaltningsbefogenheter. Så långt står klart, att styrelsen icke helt kan avskaffas, och att styrelsen – men inte bolagsstämman – företräder bolaget. Övervägande av lämplighetskaraktär talar dessutom för att stämman

icke i alltför stor utsträckning klavbinder styrelsen. Ett bolagsstämmobeslut – eller bolagsordningsföreskrift – med innehåll, att annan än styrelsen med bindande verkan skall äga rätt att handha bolagets förvaltning i så stor utsträckning att ett bestämmande inflytande över förvaltningen därmed delegeras, får anses stå i strid med den allmänt omfattade grundläggande principen, att styrelsen måste ha en funktion inom bolaget. Däremot kan – allt annat lika – såsom ovan påtalats, bolagsstämman i bolagsordningen föreskriva, att en eller flera styrelseledamöter skall utses av annan än bolagsstämman, t.ex. utomstående part. (Se ABL 8:6, där emellertid den inskränkningen finns att i publika bolag bolagsstämman måste utse minst hälften av samtliga ledamöter.) I privata aktiebolag (som utgör den överväldigande majoriteten av alla aktiebolag i Sverige) kan således hela styrelsen på grund av en bolagsordningsföreskrift komma att utses av extern part. För ekonomiska föreningar gäller enligt lagen härom 6:1, andra stycket, att samtliga styrelseledamöter i enlighet med vad som förskrivs i föreningsstadgarna kan utses av annan än föreningsstämman. Frågan om koncernförhållande på grund av rätten att utse eller avsätta styrelseledamöter regleras emellertid, såsom redovisats ovan, i koncernbestämmelsens tredje punkt. När dotterföretaget är ett publikt bolag, kan majoritetsrekvisitet i punkt 3 icke uppfyllas.

Slutsatserna så långt är följande.

1. Bolagsstämmans beslutsbefogenheter (kompetens) kan inte överföras till styrelsen eller extern part direkt eller indirekt genom bolagsordningen, med de uttryckliga undantag som stadgas för bolagsstämmans bemyndigande av styrelsen i ABL. För det fall bolagsstämman har begagnat sig av möjligheten i ABL 8:6 att till extern part ge rätten att utse ett *privat* aktiebolags styrelse, omfattas frågan om koncernförhållande av ABL 1:5, punkt 3.
2. Rätten för bolagsstämman att låta annan än bolagsstämma utse styrelsen är begränsad för *publika* bolag, och kan endast avse färre än hälften av ledamöterna. Det får hållas för visst, att en rätt för en i förhållande till bolaget extern part att utse en *minoritet* av styrelsens ledamöter i allmänhet inte kan grunda ett sådant bestämmande

inflytande (och därmed koncernförhållande) som förutsätts i ABL 1:5, punkt 4.

Vad som därefter återstår att pröva är frågan, huruvida styrelsen i ett aktiebolag, i egenskap av bolagets företrädare, kan avtala att extern part skall ges bestämmande inflytande över bolaget, och företrädesvis dess förvaltning. Det är härvidlag givetvis inte tillfyllest, att styrelsen delegerar enskilda uppgifter till utomstående. Fråga måste vara om en mer allmän överföring av styrelsens beslutsbefogenheter. En överföring av sådana beslutsbefogenheter i så stor utsträckning att en extern part får ett bestämmande inflytande i koncernbestämmelsens mening torde icke kunna ske genom delegation. Vid delegation förutsätts nämligen styrelsen behålla kontrollmakten, och delegationen kan av styrelsen i princip när som helst återkallas.

Styrelsen torde inte heller kunna avhända sig det bestämmande inflytandet på annat sätt: Det förefaller ologiskt att styrelsen på grund av ett eget beslut och påföljande avtal härom skulle kunna diskvalificera sig som styrelse och överföra styrelsefunktionen till extern part, om icke ens bolagsstämman enligt aktiebolagsrätten givits beslutskompetens härtill. Och även om detta vore möjligt, förutsätter ett kongruent regelsystem, att bolagsstämman i sådana fall när som helst kan ingripa med direktiv, föreskrifter och instruktioner till styrelsen om uppsägning av ifrågavarande avtal eller motsvarande direktiv, etc. direkt till den externa parten. Ett rationellt system kräver att bolagsstämman behåller det bestämmande inflytandet över förvaltningen i ett sådant fall. Slutsatsen måste därför bli att styrelsen inte kan genom avtal överföra styrelsens bestämmande över bolagets förvaltning till extern part.

11. Indirekt eller gemensamt inflytande över dotterföretag

I koncerndefinitionens andra stycke återfinns bestämmelser om koncernförhållande som grundas på ett indirekt inflytande – via annat dotterföretag – eller på det gemensamma inflytande som flera koncernföretag kan utöva tillsammans över ett dotterföretag. Koncernförhållande

kan enligt bestämmelsen grundas på den omständigheten att ett dotterföretag ensamt eller tillsammans med annat koncernföretag, t.ex. moderbolaget eller systerföretag, uppfyller rekvisiten i punkterna 1–3. Genomgående förutsätts att moderbolaget är ett svenskt aktiebolag. Dessutom skall enligt punkterna 1–3 inflytandet utgöras av röstinnehav eller ägandet av aktier eller andelar i kombination med de övriga omständigheter som upptas i punkterna 2 och 3., dvs. avtal eller liknande som gör att det eller de företag som utövar inflytandet förfogar över fler än hälften av rösterna, *eller* har rätt att utse *eller* avsätta fler än hälften av styrelseledamöterna.

I koncernbestämmelsens tredje stycke upptas punkt 4 i koncernbestämmelsen, dvs. enligt vilken det bestämmande inflytandet utövas på grundval av avtal med dotterföretaget i fråga, eller på grund av föreskrift i företagets bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar. Förutsättningarna för ett inflytande enligt punkt 4 skiljer sig från det som utformats för punkterna 1–3. Det är också av det skälet punkt 4 särskiljts och erhållit ett eget stycke i koncernbestämmelsen. Till skillnad från vad som gäller enligt punkterna 1–3, enligt vilka dotterföretag antingen *självständigt eller tillsammans* med moderföretag eller annat dotterföretag kan utöva inflytande över ett dotterföretag, skall enligt punkt 4 ett sådant inflytande utövas *självständigt av ett* dotterföretag; ett bestämmande inflytande enligt punkt 4 kan därför inte uppkomma genom en sammanvägning av olika koncernföretags inflytande. I övrigt är avsikten att kriterierna i punkterna 1–4 skall tolkas enligt vad som ovan har redovisats enligt koncernbestämmelsens första stycke.

Med särskilt iakttagande av denna skillnad mellan punkterna 1–3 och punkt 4 i vad avser uppkomsten av indirekta koncernförhållanden, kan följande exempel på sådana koncerner skisseras (kombinationsmöjligheterna är självfallet i det närmaste oändliga), med den givna utgångspunkten, att moderbolaget i koncernen skall vara ett svenskt aktiebolag. Koncernförhållande, direkt eller indirekt, föreligger i följande fall.

1. Ett svenskt aktiebolag ("moderbolaget") har två dotterföretag, D1 och D2, enligt kriterierna i koncernbestämmelsens första stycke.

Om moderbolaget, eller D1 eller D2, innehar röstmajoriteten i DD1, är också sistnämnda bolag ett koncernföretag. Om DD1 är ett svenskt aktiebolag, eller en svensk ekonomisk (ideell) förening, måste röstinnehavet grundas på ett ägande. Är däremot DD1 ett svenskt handels- eller kommanditbolag, kan rösträtten grundas på annat än ägande (t.ex. panträtt). Detsamma gäller utländska juridiska personer, givetvis beroende på domicillandets lag.

2. Moderbolaget innehar röster enligt punkt 1 ovan, men inte röstmajoritet i DD1. D2 äger inga aktier eller andelar i DD1, men förfogar på grund av avtal med moderbolaget eller annan delägare i DD1 över så många röster i DD1 att D2 tillsammans med moderbolaget och andra koncernföretag erhåller röstmajoritet. Ett observandum härvid är dock att om D2 är en utländsk juridisk person, domicillandets lag kan begränsa D2s rätt att utöva (förfoga över) rösterna i DD1. Överhuvudtaget kan *lokala* aktiebolags- och avtalsrättsliga regler ge ett annat utfall än vad en tilllämpning av den svenska koncernbestämmelsen i förstone ger vid handen.
3. Moderbolaget äger aktier eller andelar i DD2 och har tillsammans med D1, D2 eller annat koncernföretag rätt att utse eller avsätta fler än hälften av ledamöterna i DD1s styrelse. Detsamma gäller om D1, D2 eller annat koncernföretag äger aktier i DD1, och dessa övriga koncernföretag – en eller flera tillsammans – äger sådan rätt. Återigen kan lokala bestämmelser i det land där D1, D2, andra koncernföretag eller DD1 har sitt domicil utgöra hinder för koncernförhållande. Om däremot t.ex. enligt D1s hemlands aktiebolagslag D1 är moderbolag och bildar koncern med DD1 på andra grunder än de som anges i ABL 1:5, kan vid en tillämpning av det sistnämnda stadgandets andra och tredje stycke hänsyn icke tas härtill. Bestämmelser i utländska rättssystem, som i förhållande till den svenska koncernbestämmelsen *utvidgar* koncernbegreppet, kan således vid en tillämpning av koncernbestämmelsen *icke* tillmätas betydelse. I motsatt fall, dvs. där sådana utländska bestämmelser *inskränker* koncernbegreppet i förhållande till vad svensk lag stadgar, måste sådana inskränkningar beaktas; avgörande är ju huruvida ett

moderbolag, direkt eller indirekt, har inflytande över den utländska juridiska personen.

4. Om D1 (eller D2) *ensamt* uppfyller kriterierna i punkt 4, dvs. både äger aktier eller andelar i DD1 och utövar ett bestämmande inflytande över DD1 på grund av avtal, föreskrift i DD1s bolagsordning, föreningsstadgar eller bolagsavtal, föreligger också ett koncernförhållande. Vid tillämpningen av detta tredje stycke i koncernbestämmelsen kan således ingen splittring ske av kriterierna i punkt 4, så att olika koncernföretag uppfyller olika kriterier för att sedan dessa kriteriers uppfyllande *sammantaget* skall grunda ett koncernförhållande. Av skäl som anförts ovan i punkt 3, saknar lokala, utländska bestämmelser som utvidgar koncernbegreppet relevans. Däremot måste, såsom också påtalats, inskränkande bestämmelser beaktas. Kriterierna i punkt 4 kan inte heller vid indirekta koncernförhållanden kombineras med kriterierna i punkterna 1–3, t.ex. så att moderbolaget innehar eller äger aktier, och dotterföretag utövar ensamt ett sådant bestämmande inflytande som regleras i punkt 4. Det indirekta koncernförhållandet kan följaktligen uteslutande uppkomma på grund av ett dotterföretags uppfyllande av *samtliga* kriterier i punkt 4, under den vidare förutsättningen att lokala, utländska bestämmelser icke inskränker möjligheten att utöva inflytandet på grund härav.
5. Punkterna 1–3 kan slutligen kombineras så – i syfte att uppnå ett indirekt koncernförhållande – att ett koncernföretag äger aktier, ett annat innehar röster på grund av t.ex. pantsättning och ett tredje koncernföretag på grund av avtal förfogar över så många röster, att koncernförtagen tillsammans har röstmajoritet, eller att två eller flera koncernföretag tillsammans äger rätt att utse eller avsätta fler än hälften av ledamöterna i DD1, allt under förutsättning att *något* koncernföretag äger eller innehar minst en aktie i DD1.

Vid fastställande av röstantalet i ett dotterföretag skall enligt ABL 1:6, andra stycket, de aktier eller andelar i dotterföretaget som innehas av företaget självt eller av dess dotterföretag icke beaktas. Följden härav är bl.a., att om i ovan angivna exempel D1 är en utländsk juridisk person,

skall D1s aktier i sig självt, dvs. egna aktier, ej heller DD2s eller andra D1s dotterföretags aktier i D1 omfattas, *helt oavsett* om lagen i D1s domicilland, eller i det rättssystem där DD1 har sitt domicil, tillåter att rösträtten för sådana aktier utövas i D1. Såsom framhållits ovan, kan lokala, utländska bestämmelser om koncernbegreppet inte utvidga det svenska koncernbegreppet, utan endast inskränka detsamma.

En ytterligare följd av definitionen av indirekta koncernförhållanden är att ett sådant inflytande på grund av röstinnehav, avtal, etc. som ett i förhållande till det svenska moderbolaget *överordnat* bolag eller företag över huvud *inte* skall beaktas. Om det svenska moderbolagets utländska moderföretag således innehar 60 % av aktierna i D1, och resterande aktier ägs av det svenska moderbolaget, utan att något annat kriterium uppfylls i koncernbestämmelsen, föreligger icke något koncernförhållande mellan det svenska moderbolaget och D1. Detsamma gäller förmodligen i situationen där en fysisk person äger 100 % av det svenska moderbolaget och 60 % av D1, samt resterande aktier i D1 ägs av moderbolaget. Den fysiske personens inflytande över D1 är irrelevant vid tillämpningen av koncernbestämmelsen; av relevans är uteslutande moderbolagets och i förhållande till moderbolaget *underordnade* företags inflytande över D1. Eftersom D1 i ovan nämnda situation inte rättsligt kvalificeras som ett dotterföretag, skall detta företags inflytande över andra företag heller icke beaktas vid fastställandet av indirekta koncernförhållanden.

12. När uppkommer ägande eller innehav i koncernrättslig mening?

Ovan har framgått, att ett innehav av aktier eller andelar i och för sig icke förutsätter äganderätt. Avser innehavet ett svenskt aktiebolag eller ekonomisk (ideell) förening, följer visserligen av odelbarhetsprincipen (splittringsförbudet), att till innehavet knutits en äganderätt. I andra svenska eller utländska juridiska personer kan innehavet grundas på pantsättning eller liknande arrangemang. En förutsättning för ett förfo-

gande över röster på grund av innehav är självfallet, att den grundläggande dispositionen är giltig och bindande enligt tillämpliga bestämmelser i Sverige och i utlandet (för svenskt vidkommande, se bl.a. Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, s. 36 ff.). Detsamma gäller kravet på äganderätt. Frågan, huruvida sådan äganderätt som förutsätts i koncernbestämmelsen föreligger, måste prövas mot bakgrund av olika regelsystem om avtalets bindande verkan, avtalstolkning, m.m. i Sverige (där moderbolaget har sitt säte) och i utlandet (där dotterföretaget kan ha sitt domicil). Det är härvid oklart om svenska rättsgrundsatser om innehav och ägande skall gälla fullt ut vid bedömningen av om ett *utländskt* dotterföretag innehar eller äger aktier eller andelar i annan svensk eller utländsk juridisk person. Med hänsyn till att prövning skall ske enligt obligationsrättsliga principer, är det långt ifrån givet att den juridiska personens domicil skall vara bestämmande för frågan, om vilken lag som är tillämplig. Det kan mycket väl förhålla sig så att enligt andra, tillämpliga obligationsrättsliga principer ett innehav eller ägande av aktier inte är förenat med rösträtt. Ovan har påvisats, att en pantsättning enligt vissa utländska rättssystem kan medföra, att pantsättaren förlorar rösträtten till aktierna. Ett innehav med rösträtt (förfogande över röster) kan vidare förutsätta, att vissa ytterligare obligations- eller sakrättsliga rekvisit skall vara uppfyllda. Det kan också vara så att aktiebolagsrätten i domicillandet för rösträttens utövande förutsätter att innehavet är registrerat, upptaget i aktiebok, eller publicerat eller offentliggjort på annat sätt. Detsamma gäller om ett svenskt moderbolag eller dotterföretag innehar aktier eller andelar i en utländsk juridisk person. Frågan, huruvida svenska eller utländska bestämmelser skall vara tillämpliga vid prövningen av innehavets betydelse för rösträtten, skall – om saken prövas i Sverige – underkastas principerna i den svenska, internationella privaträtten. Såväl svenska som utländska principer kan på grund härav bli tillämpliga. För det fall svensk rätt blir tillämplig, är följande att anteckna.

Jag har i ett tidigare, näraliggande sammanhang undersökt frågan om innebörden av begreppet "ägande" till aktier eller andelar (se Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet s. 334 ff.). Härvid uttalar jag sammanfattningsvis, att det särskilda utlåningsförbu-

det är tillämpligt så snart penninglån lämnats i syfte att ett förvärv av aktier i det långivande bolaget (eller koncernbolag) skall fullbordas i den meningen, att förvärvaren genom erläggandet av slutlig betalning eller på grund av avtalet i övrigt äger tillträda aktierna, vilket icke nödvändigtvis förutsätter *faktiskt* tillträde, utan endast att förvärvaren gjort vad som åligger honom enligt förvärvsavtalet för att kunna påkalla tillträde. Visserligen avser uttalandet noga taget begreppet "förvärva" i det särskilda utlåningsförbudet, men det får anses vara underförstått, att förvärvet skall avse äganderätten till aktier. Med "förvärv" menas i allmänhet att äganderätten till aktierna har övergått till förvärvaren via överlåtelse eller på annat sätt (se om detta bl.a. prop. 1975:103 B s. 386 f.).

Äganderättsbegreppet är emellertid som bekant svårhanterligt. Allmänt anses äganderätten övergå successivt vid överlåtelse av bl.a. lösa saker och värdepapper i det att äganderätten övergår obligationsrättsligt vid avtalstillfället och sakrättsligt när vissa sakrättsliga kriterier uppfylls (se härom Nerep, *op.cit.* s. 331. ff.), vilket givetvis inte utesluter, att samtliga rättsliga moment *tids*mässigt iakttas i samma ögonblick. En utgångspunkt är att den obligationsrättsliga äganderättsövergången skall vara bestämmande för koncernförhållandet. En bindande och giltig aktieöverlåtelse skall således i princip vara tillfyllest. Det är emellertid icke ovanligt att ett förvärv av aktier genomförs i två steg, varvid först parterna träffar ett avtal med angivande av de närmare villkoren för förvärvet och samtidigt bestämmer tidpunkten för *tillträdet* till aktierna, vilken i regel sammanfaller med tidpunkten för den slutliga betalningen för dessa. Genom att förvärvaren tillträder aktierna, får han antas ha en sådan kontroll över desamma, att han i koncernrättslig mening förfogar över dem, och således kan utöva den till aktierna hörande rösträtten. I normalfallet har parterna inte avsett annat än att äganderätten obligationsrättsligt skall övergå vid tillträdet. Det kan emellertid också förhålla sig så, att parterna avtalat att äganderätten skall övergå obligationsrättsligt redan vid avtalstidpunkten, men att överlåtaren skall behålla aktierna i fråga som säkerhet för köpeskillingens rätta erläggande. I vissa avtalskonstruktioner kan förekomma, att säljaren vid avtalstillfället obligationsrättsligt överför äganderätten till förvärvaren, men att förvärvaren i samma skede upplåter panträtt i

samma aktier till överlåtaren intill dess att köpeskillingen erlagts på tillträdesdagen (eller senare). För prövningen av frågan, huruvida ett koncernförhållande föreligger eller icke, borde det sakna betydelse om säljarens rätt att kvarhålla aktierna beror på en detentionsrätt, retentionsrätt eller panträtt, eller helt enkelt på grund av att parterna i avtalet stipulerat, att äganderätten inte skall övergå förrän slutlig betalning skett. I koncernrättslig mening kan knappast hävdas, att förvärvaren av aktierna, oavsett att han i obligationsrättslig mening på grund av avtalets utformning är ägare till desamma, förfogar över aktierna i den mening som anges i koncernbestämmelsens punkt 1, dvs. att med förfogande skall följa en rätt att utöva rösträtt. Det är dock fullt möjligt att lagstiftaren avsett att röster skall kunna innehas på grund av ägandet, trots pantsättning, men inte vid förekomst av detentionsrätt. Däremot synes begreppet "ägande" i punkterna 2–4 i koncernbestämmelsen inte förutsätta en kontroll i denna mening eller krav på förfogande eller utövande av rösträtt. Det för koncernförhållandet erforderliga inflytandet skall enligt dessa punkter i stället uppnås på andra i punkterna närmare angivna vägar. Vid tilllämpningen av dessa punkter får det antas vara tillräckligt, att ett obligationsrättsligt ägande uppkommer genom avtal, gåva eller annan form av singular- eller universalsuccession.

När ett "innehav" grundas på panträtt eller liknande rättigheter i aktier eller andelar i utländsk juridisk person måste, på samma sätt som när innehavet är förenat med äganderätt, innehavet innebära en sådan kontroll över aktierna eller andelarna på grund av tillträde, denuntiation eller annat meddelande till tredje man, som t.ex. förvaltar aktierna, eller annat så att innehavet också innebär ett förfogande över de med aktierna förenade rösterna.

Det är oklart såvitt gäller innehavsfrågan om faktiskt tillträde är nödvändigt. Måhända är det tillräckligt om tillträde kan påkallas och effektueras utan större dröjsmål, dvs. att *faktiskt* tillträde och därmed kontroll kan erhållas vid anfordran. Aktier eller andelar, som förvärvats på grund av ny- eller fondemission, får anses kontrolleras i nu angivna mening vid tilldelningen av aktierna (se ABL 4:9 och 16). Registreringen av emissionen torde sakna betydelse härvidlag, förutsatt givetvis att regist-

rering inte slutligt äger rum på grund av underlåtenhet att uppfylla de rättsliga kraven härför.

III. Den aktiebolagsrättsliga tillskottsplikten, särskilt vid apportemission, och om den s.k. uppskjutna apporten

1. Allmänt

Grundläggande för borgenärsskyddet och det s.k. kapitalskyddet i aktiebolagsrätten är det bundna kapitalet, som i regel främst utgörs av aktiekapitalet. Den övervägande delen av de tvingande bestämmelserna i aktiebolagslagen (ABL) syftar primärt till att skydda bolagets borgenärer (sekundärt aktieägarna) genom att föreskriva bl.a. att aktiebolaget skall ha ett visst minimikapital (100.000 kr för privata aktiebolag och 500.000 kr för publika aktiebolag) och genom att försöka förhindra att det bundna kapitalet, inklusive aktiekapitalet, reduceras genom utbetalningar eller andra vederlagsfria prestationer till aktieägarna (eller andra, företrädesvis närstående till aktieägare) utom ramen för nedsättnings- eller förvärvsbestämmelserna i ABL 6 och 7 kap. samt utdelningsreglerna i 12 kap. Borgenärsskyddsreglerna kan, måhända lite vårdslöst, sammanfattas i ett krav på ursprungligt tillskott (vid bolagsbildning eller nyemissioner) och ett förbud mot återgång av detta tillskott till aktieägarna (eller deras närstående), utan att borgenärerna först tillgodosetts. De tvingande bestämmelserna i ABL 2, 4 och 5 kap. reglerar tillskottskravet. Återbetalningsförbudet återfinns företrädesvis i bestämmelserna i 6, 7 och 12 kap. (i viss utsträckning också 13 och 14 kap.). I det följande skall det första ledet i borgenärsskyddet, dvs. tillskottskra-

vet (-plikten) i samband med bl.a. apportemissioner, och därtill bestämmelserna om s.k. uppskjuten apport, behandlas. Vidare skall diskuteras och prövas skilda frågor som sammanhänger med formkraven vid aktieteckning, utfästelser och garantier i samband härmed, eller på grund av prospektansvar.

Bestämmelserna i aktiebolagslagen om tillskottsplikt har reviderats successivt efter införandet av 1944 års aktiebolagslag. De senaste ändringarna under 1990-talet sammanhänger med anpassningen av regelsystemet till EU-rätten. I anledning därav infördes den 1 januari 1995 en rad nya bestämmelser. I förslaget till ny aktiebolagslag, SOU 2001:1, nedan "Lagförslaget", återfinns en genomgripande reformering av bestämmelserna vid aktiebolagets bildande, som i viss mån påverkar tillskottspliktens utformning. Härutöver innehåller Lagförslaget en påtaglig revision av aktiebolagslagens disposition och begreppsbildning. I den följande diskussionen beaktas Lagförslaget i relevanta delar.

2. Tillskottspliktens innebörd – utrymmet för kredit

Om något schematiskt de aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsreglerna kan sägas reduceras till bestämmelser om *tillskottsplikt* och *utbetalningsförbud*, synes tillskottsplikten sönderfalla i två alternativa huvuddelar, nämligen krav på *kontanttillskott* ("pengar") och *tillskott av annan egendom* (innefattande även kvittning).

Före tillkomsten av 1975 års aktiebolagslag kunde frågan, huruvida *kontanttillskottsplikten* var fullgjord eller icke, i många avseenden anses vara oklar. Denna fråga, nämligen om "inbetalning av pengar" hade skett eller icke, utreddes t.ex. av Danielsson (Aktiekapitalet s. 148 ff.) utförligt och sammantaget på ca. 17 sidor. Orsaken härtill var att 1944 års aktiebolagslag icke gav tillräckligt besked om bl.a. modaliteterna för kontanttillskottet. Vidare gav den i 1944 års lag (32 § 5 st. p. 4) stadgade skyldigheten för samtliga styrelseledamöter och VD, att i en försäkran att ingivas till PRV förklara, att inbetalning av pengar hade skett, upphov till skilda ansvarsfrågor. Tillkomsten av 1975 års aktiebolagslag medförde en betydande förenkling av regelsystemet. Enligt ABL 2:12

kan inbetalning i pengar som avser aktieteckning vid bildande endast fullgöras genom insättning på bankräkning. (Endast konto i svensk bank kan användas för ändamålet). Den enda tillåtna formen för kontanttillskott på aktie är således just sådan inbetalning. I samband med bolagets bildande får det insatta beloppet icke lyftas förrän styrelse valts och hela det tecknade beloppet inbetalats, med undantag för sådant som avser förverkad aktie. Undantag medges också när frågan om bolagets bildande förfallit och när återbetalning av insatta medel skall ske till aktietecknarna.

Såtillvida innebär emellertid *Lagförslaget* en nydaning, att det yttrande som enligt ABL 2:9 skall företes av svenskt bankinstitut, att inbetalning av pengar motsvarande bolagets aktiekapital har skett på konto i banken, dvs. en bekräftelse på att kontanttillskottsplikten har fullgjorts, ersatts av ett krav på granskning och yttrande av en öppningsbalansräkning genomförd av auktoriserad eller godkänd revisor (se Lagförslaget 2:11). Frågan om kontanttillskottspliktens innebörd torde således numera ytterst sällan medföra praktiska tillämpningssvårigheter. Till frågan om vad som skall gälla när tillskottsplikten icke fullgörs återkommer framställningen nedan.

Såsom regelsystemet om kontanttillskott är utformat, *utesluts kredit till* aktietecknarna vid *bolagets bildande*. Den fordring som uppkommer på grund av den beviljade krediten skulle i och för sig kunna upptas såsom en tillgång i bolagets balansräkning (öppningsbalansräkning), men fråga är då icke längre om kontanttillskott utan om tillskott av annan egendom (apport). Detsamma gäller givetvis tillförandet av allehanda fordringar hos andra än aktietecknarna. (Till frågan, huruvida reglerna om apporttillskott godkänner sådana fordringar, återkommer framställningen nedan). Det kan också nämnas att s.k. aktieägartillskott *utan samband* med bolagsbildning eller tillskottsemission kan fullgöras genom aktieägares eller annans utfärdande av betalningsutfästelser, skuldförbindelser, reverser, etc. och kan som sådana givetvis upptas som fordringar i bolagets balansräkning (huruvida sedan fordringarna har ett värde, är en fråga som måste prövas i beaktande av utfärdarnas betalningsförmåga vid varje given tidpunkt). Som en sådan förbindelse kan emellertid icke utan vidare betecknas de vanligt förekommande

kapitaltäckningsgarantierna (i egentlig mening) med hänsyn till att sådana i regel icke *omedelbart* kan upptas som tillgång i balansräkningen; garantin måste först göras gällande mot utfärdaren av densamma med bindande verkan, varefter det åberopade garantibeloppets värde såsom tillgång i balansräkningen måste prövas på sedvanligt sätt mot bakgrund av garantiutfärdarens betalningsförmåga vid åberopandetillfället (mer om detta i avsnitt IX. 9).

Av betydelse i detta sammanhang är emellertid endast att klargöra, att kontanttillskottet utesluter kredit vid aktieteckning i samband med *bolagsbildning*. Vid *tillskottsemission* ger bestämmelserna i ABL 4:10–13 (jfr ABL 5:14) ett visst *utrymme för kredit*. I ABL 4:12–13 görs nämligen en skillnad mellan å ena sidan aktiebolag, vars bundna egna kapital före emissionen understiger SEK 1 miljon, och, å andra sidan, aktiebolag med ett högre bundet kapital. För de förstnämnda aktiebolagen förutsätts enligt ABL 4:12, 2 st., att kontanttillskottsplikten fullgörs genom inbetalning av pengar på svensk bankräkning på samma sätt som vid bolagets bildande. Om så icke har skett, föreligger registreringshinder. Ett beslut om nyemission skall anmälas för registrering inom 6 månader från beslutet, eljest förfaller beslutet (se 4:12, 4 st.). Vidare förfaller beslutet, om full betalning på svensk bankräkning icke har fullgjorts (vilket visas medelst uppvisande av bankintyg). För det fall aktieteckningen vid en nyemission sker i nära anslutning till beslutet härom, ger bestämmelserna aktietecknaren – och här förutsätts att annat inte har beslutats eller eljest föreskrivits i nyemissionsvillkoren – *en inledande kredittid om 6 månader*. Eftersom registreringsbestämmelserna i ABL 4:12 inte föreskriver, att betalningen skall ha fullgjorts vid anmälan, möjliggörs en *ytterligare kredittid* intill dess att PRV finner, att registrering på grund av bristande betalning skall vägras och beslutar i enlighet härmed.

För bolag med ett bundet eget kapital om minst SEK 1 miljon stadgas i ABL 4:13, att full betalning skall erläggas inom 6 månader från registreringen av nyemissionen. (Märk att inbetalning till bolag med minst SEK 1 miljon i bundet eget kapital kan ske direkt till bolaget enligt 4:12 och 13.) Först senast en månad efter utgången av denna tidsfrist om 6 månader skall bolaget för registrering anmäla i vilken utsträckning

betalningen fullgjorts. Detta innebär att aktietecknare vid nyemission i sådana bolag på grund av omständigheterna i det enskilda fallet kan bli beviljade *en kredittid, som i vissa fall kan vara betydligt längre än ett år,* beroende på hur snabbt en anmälan för registrering behandlas (dvs. 6 månader från nyemissionsbeslutet med tillägg för hela tiden för registreringen och därefter ytterligare 6 månader efter registreringen med tillägg för ytterligare en månad, inom vilken betalningsfullgörelsen skall anmälas).

Underlåter bolaget att göra sistnämnda anmälan, förfaller *icke* nyemissionsbeslutet. I ABL 4:13, 2 st., stadgas i stället att PRV i ett sådant fall skall efter bolagets hörande registrera dels att aktiekapitalet nedsatts med sammanlagda nominella beloppet av de ej betalda aktierna, dels, om det erfordras, att bolagsordningens bestämmelse om aktiekapitalet ändrats. Denna över *ettåriga kredittid* ligger i linje med motsvarande bestämmelser i 1944 års lag (60–62 §§).

Till sanktionerna för underlåtenheten att fullgöra tillskottsplikten återkommer framställningen nedan, men redan här skall anmärkas, att sanktionen mot underlåtenhet att fullgöra *anmälningsskyldigheten* enligt ABL 4:13, 2 st. är vag. I lagen har *inte* kommit till uttryck, att hela nyemissionen skall förfalla, om vid tidpunkten för anmälan full betalning icke fullgjorts. Det förefaller också som om den nedsättning av aktiekapital motsvarande det sammanlagda nominella beloppet av de ej betalda aktierna som skall följa är en sistahandslösning. Det får antas att ett nedsättningsbeslut icke kommer att registreras, om bolaget dessförinnan visar att full inbetalning av det aktuella beloppet skett. För PRV saknas skäl att fullfölja en registrering i sådana fall, eftersom ett bibehållet aktiekapital efter fullgjord inbetalning allmänt sett är ett bättre alternativ för bolagsborgenärerna än en nedsättning.

Även om nyemissionsvillkoren stipulerar, att kontanttillskottsplikten skall ha fullgjorts inom en viss kortare tid efter aktieteckningen, vilket torde vara det i praktiken vanligaste, kan omständigheterna i ett enskilt fall *tvinga bolagsledningen att medge en kredit* som sträcker sig utöver vad nyemissionsvillkoren föreskriver. I samband med en riktad nyemission kan stundom förekomma, att aktietecknaren inte fullgör sin betalningsskyldighet inom den föreskrivna tidsfristen. Härvid ställs bolaget

inför valet att dra tillbaka hela nyemissionen eller bevilja betalningsanstånd. Om tillskottet är betydande och kanske till och med avgörande för bolagets framtid, faller det sig ofta naturligt för bolagsledningen att bevilja betalningsanstånd. Under förutsättning att bolagets bundna kapital är minst SEK 1 miljon, och minst hälften av det belopp som kapitalökningen genom nyemission avser har inbetalats, kan registrering av kapitalökningen ske. Betalningsanståndet kan därför avse högst hälften av det totala tillskottsbeloppet motsvarande kapitalökningen. Anståndstiden för denna tvingande tillskottsdel är 6 månader från emissionsbeslutet med tillägg för behandlingen av registreringsärendet. Anståndstiden för den andra, dispositiva tillskottsdelen överskrider ett år.

För *konvertibla skuldebrev*, m.m. gäller enligt ABL 5 kap. inga krav på kontanttillskottspliktens fullgörande. I ABL 5:4, p. 6, stadgas endast att emissionsbeslutet skall uppta den tid inom vilken tecknade skuldebrev skall betalas. Om ett bestämt belopp eller minimibelopp bestämts för emissionen, förfaller denna om beloppet inte tecknats inom den i beslutet föreskrivna teckningstiden (ABL 5:7, 1 st.). Sedan teckningen avslutats, skall bolaget genast för registrering anmäla beslut om emission och det nominella belopp som tecknats. Först efter utbyte av skuldebrev mot aktie (konvertering) förutsätts enligt ABL 5:14, 2 st., att bolaget senast i samband med registreringen tillförts vederlag till ett värde motsvarande minst det sammanlagda beloppet av de aktier som utgivits i utbyte. Följaktligen kan konvertibla skuldebrev och liknande värdepapper emitteras på kredit. Betalningen måste emellertid fullgöras senast i samband med registreringen av konverteringen, i vart fall om konverteringsvillkoren föreskriver att skuldebrevets nominella belopp skall gälla som konverteringsunderlag. Såsom skäl för att kontanttillskottsplikten inte skall gälla konvertibler eller skuldebrev med option har anförts, att emissionsbeslut avseende sådana icke ger besked om aktiekapitalets ökning, om en sådan överhuvudtaget blir aktuell: Innehavet av en konvertibel eller skuldebrev med option innebär normalt ingen skyldighet att medverka i konvertering eller aktieteckning (jfr SOU 1997:22 s. 367). Det är t.o.m. ifrågasatt om ABL ger utrymme för en sådan skyldighet.

I *Lagförslaget* ställs strängare krav på fullgörandet av *kontanttillskottsplikten*. Enligt förslaget 12:23 gäller visserligen fortfarande, att ett beslut om tillskottsemission skall anmälas inom 6 månader från beslutstidpunkten. Dessförinnan kan emellertid beslutet – på samma sätt som för närvarande – ha förfallit på grund av att inom teckningstiden visst belopp eller lägsta belopp icke tecknats (12:18). Under nu nämnda förutsättningar skall emellertid enligt Lagförslaget 12:24 vid registreringen av tillskottsemissionen aktiekapitalet anses ökat med det sammanlagda belopp som faktiskt *betalats* för tecknade och tilldelade nya aktier, med undantag av förverkade aktier m.m. Registreringen av aktiekapitalökningen kan därför bara avse det *vid registreringstidpunkten faktiskt inbetalda beloppet*. Ett registreringsbeslut förutsätter således att kontanttillskottspliktens fullgörande *och* den faktiska aktieteckningen minst motsvarar minsta eller lägsta belopp enligt emissionsvillkoren (det sagda framgår vid en sammanställning 12:18, 12:23, 3 st. 1 p. och 12:24 i Lagförslaget). Vad som i övrigt skiljer Lagförslaget i här aktuella delar från nu gällande rätt är en följd av avskaffandet av aktiernas nominella belopp och införandet av kvotaktiesystemet.

Den gällande skillnaden i kredithänseende mellan bolag med mindre än och minst SEK 1 miljon i bundet eget kapital avskaffas i Lagförslaget. *Full betalning skall ha erlagts vid registrering*. Enligt Aktiebolagskommittén (SOU 1997:22) har det framstått som "principiellt felaktigt," att ett aktiebolag kan registreras för ett aktiekapital som är större än vad som faktiskt har inbetalats till bolaget. Behovet av att snabbt kunna registrera den kapitalökning som faktiskt har skett tillgodoses i Lagförslaget i stället genom att bolaget får rätt att registrera ökningsbeloppet efter hand som betalning för de nyemitterade aktierna flyter in, s. k. *successiv inbetalning och täckning av aktiekapitalet*. Fortfarande förutsätts givetvis, att om emissionen gjorts beroende av att ett visst lägsta belopp tecknas, detta belopp skall ha uppnåtts innan delregistrering sker. På grund av införandet av rätten till successiv inbetalning och täckning av aktiekapital har också i Lagförslaget utmönstrats nu gällande förutsättning för registrering, nämligen att full betalning erlagts för de i aktiekapitalet ingående aktierna. Enligt Lagförslaget 12:23, sista stycket, får följdenligt registrering ske av en tillskottsemission så snart faktisk

aktieteckning skett och betalning fullgjorts för det minsta eller lägsta beloppet enligt emissionsvillkoren.

I *Lagförslaget* har också förutsättningarna för kontanttillskottspliktens fullgörande vid emission av konvertibler ändrats. Enligt Lagförslaget 12:23, 3 st., 3 p. gäller för ett registreringsbeslut, dels att den faktiska teckningen av konvertibler minst motsvarar emissionsvillkorens minsta eller lägsta belopp, dels att en betalning minst motsvarande detta belopp fullgjorts. Den nya regleringen medger således inte kredit vid konvertibelemissioner. Motiveringen härför kan härledas ur förhållandena vid fullgörandet av apporttillskottsplikten, varför denna fråga diskuteras vidare nedan. För *skuldebrev med option eller teckningsoptioner* har emellertid ingen ändring föreslagits. Här gäller således fortsatt full möjlighet till kredit.

3. Apporttillskottspliktens fullgörande

3.1 Allmänt om apportbestämmelserna

Såsom framgått ovan, kan tillskottsplikten fullgöras antingen med kontanter eller med apportegendom. Utgångspunkten är att apporttillskottsplikten kan fullgöras med allt av värde (för bolaget), som ej utgörs av kontanter. Av tillskottspliktens utformning följer sedan vissa begränsningar. Apporttillskottet kringgärdas av en lång rad bestämmelser av materiell och administrativ karaktär. Ytterst syftar regelsystemet om apporttillskottsplikten att skydda bolagets borgenärer (i andra hand dess aktieägare bl.a. genom upprätthållande av likabehandlingsprincipen – likhetsgrundsatsen). Här följer några exempel på apportbestämmelser (listan gör icke anspråk på att vara uttömmande):

1. *Huvudbestämmelsen* om apporttillskott återfinns i ABL 2:2. Om i samband med bolagsbildning en aktie skall kunna tecknas med rätt eller plikt att mot aktien tillskjuta annan egendom än pengar, eller med rätt eller plikt för bolaget att överta egendom mot annat vederlag än aktier, får värdet på apportegendomen inte sättas högre än

det verkliga värdet för bolaget. Fråga skall vara om ett *ekonomiskt* värde.

2. Av samma bestämmelse följer, att apportegendom icke kan utgöras av annan egendom än sådan som är eller kan antas bli *till nytta för bolagets* verksamhet. Vidare kan apportegendom *icke* utgöra åtagande att utföra arbete eller att tillhandahålla tjänst. (Den sistnämnda bestämmelsen infördes den 1 januari 1995 i samband med anpassningen av ABL till EU-rätten, i detta fall artikel 7 i det andra bolagsdirektivet, det s.k. kapitaldirektivet.)
3. Enligt ABL 2:3, 2 st., första meningen, skall i stiftelseurkunden vid bolagsbildningen anges bestämmelse om apport, och enligt 3 st. skall stiftelseurkunden innehålla en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid bedömandet av apportegendomens värde. Härvid skall bl.a. anges det värde till vilket apportegendomen beräknas komma att tagas upp i balansräkningen och antalet aktier eller annat vederlag som skall lämnas för egendomen. Skriftligt avtal om apporttillskott, *eller* kopia därav, skall innefattas i stiftelseurkunden, *om inte* hänvisning till avtalet skett däri med uppgift om var avtalet hålls tillgängligt för aktietecknarna. Muntligt avtal skall i sin helhet upptagas i stiftelseurkunden.
4. När apportegendomen utgörs av *rörelse*, skall enligt ABL 2:3, 4 st., balans- och resultaträkningar avseende rörelsen under de senaste två räkenskapsåren innefattas i stiftelseurkunden, *eller* i vart fall – med en hänvisning i urkunden – hållas tillgängliga. Härutöver skall upplysning ges i stiftelseurkunden om rörelsens resultat under tiden därefter, *eller* i vart fall under de senaste två räkenskapsåren.
5. Iakttas inte vad som ovan redovisats i punkterna 3–4 ovan, är *avtalsbestämmelsen ifråga utan verkan mot bolaget* (se ABL 2:3, sista stycket).
6. De handlingar enligt ovan till vilka hänvisas i stiftelseurkunden skall genom stiftarnas försorg hållas tillgängliga för aktietecknarna under minst en vecka före konstituerande stämma på plats som angivits i kallelsen (se ABL 2:7, 3 st.). Vidare skall på den konstituerande stämman stiftelseurkunden och handlingar till vilken denna hänvisar framläggas av stiftarna (se ABL 2:7, sista stycket).

7. Som en förutsättning för registrering enligt ABL 2:9 av ett nybildat bolag gäller bl.a. enligt 3 p., att all apportegendom skall vara *tillförd* bolaget, vilket enligt 4 p. i samma stadgande skall följas av ett *yttrande* av auktoriserad eller godkänd revisor om att tillförsel har skett. Vidare skall av samma yttrande framgå, att apportegendomen i stiftelseurkunden inte åsatts högre värde än det verkliga värdet för bolaget (en slags negativ försäkran) och att egendomen är eller kan antas bli till nytta för bolagets verksamhet. I yttrandet skall revisorn vidare beskriva apportegendomen och ange vilken metod som använts vid värderingen av denna. Särskilda svårigheter att uppskatta värdet av egendomen skall antecknas.
8. I ABL 2:9, 1 st., *förbjuds kvittning* av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget i *samband med bolagsbildning.*
9. Av ABL 4:2 följer – *e contrario* – att *aktieägarnas företrädesrätt icke gäller vid apportemissioner.*
10. Vid *nyemission* skall enligt ABL 4:6 bestämmelse om apport, eller att aktie skall tecknas med kvittningsrätt eller eljest med villkor, upptagas i beslutet om nyemission. Enligt andra stycket i samma stadgande skall styrelsen avge en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid bedömandet av värdet på apportegendomen. Vad som sagts ovan i punkterna 3–4 skall härvid äga motsvarande tillämpning. Styrelsens redogörelse skall sedan granskas av en eller flera revisorer, som har att avge ett skriftligt yttrande över granskningen. Yttrandet skall vara av samma karaktär som ovan i punkten 7, dock att i ABL 4:6, 3 st., inte ges en full motsvarighet till ABL 2:9, 2 st., 4 p.: Så t.ex. stadgas i ABL 4:6 ingenting om värderingsmetod och värderingssvårigheter . Det kan emellertid antas, att dessa frågor upptas i styrelsens redogörelse, varöver revisor har att yttra sig. Det kan tilläggas att enligt ABL 4:6, 4 st., annan än *bolagets revisor* kan utses till *apportrevisor.*
11. Förslaget till beslut om *nyemission* innefattande redogörelse av styrelse och revisors yttrande enligt ovan skall hållas tillgängligt för aktieägarna under minst en vecka före bolagsstämman. Förslaget med ett sådant innehåll skall också framläggas på stämman. Vad nu

sagts om apportegendom gäller också apport i form av utnyttjande av kvittningsrätt.

12. Även vid tillskottsemission gäller allmänt, att *kvittning* av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget icke får ske (ABL 4:11). Emellertid medges undantag, när en bestämmelse om sådan kvittning *upptagits i beslutet om nyemission*. Om bolagets bundna egna kapital före emissionen uppgår till minst SEK 1 miljon, kan också styrelsen medge kvittning. Dock får sådant medgivande ej lämnas, om det skulle vara till skada för bolaget eller dess borgenärer.
13. För registreringen av emissionen förutsätts enligt ABL 4:12, 4 p., att apportegendomen *tillförts* bolaget, och enligt 5 p., att revisor yttrat sig däröver.
14. Vad som ovan redovisats som föreskrifter för apport vid tillskottsemission i ABL 4:4, 6 och 11 gäller också vid emission av *konvertibler* och *skuldebrev med option* (ABL 5:3, 5 och 7, 2 st.).

Apportbestämmelsernas huvudsakliga syfte är att tillförsäkra, att vad som tillförs bolaget i form av apportegendom värdemässigt (ekonomiskt värde) *minst* motsvarar det tecknade beloppet, det korresponderande aktiekapitalet eller ökningen därav. För att en ökning av bolagets tillgångsmassa motsvarande aktiekapitalökningen inte skall vara illusorisk, förutsätts vid såväl nybildning som vid tillskottsemission, att apportegendomen *faktiskt tillförts* bolaget. Revisor skall i yttrande intyga att så har skett. Härtill kommer de bestämmelser som avser att tillse, att apportegendomen *inte övervärderas* och att denna är *till nytta* för bolaget. Apportbestämmelserna skyddar såväl borgenärer som aktietecknare och andra existerande eller blivande aktieägare. Bestämmelserna är *tvingande*. *Styrelsen* har huvudansvaret för att nämnda förutsättningar uppfylls. Det åligger styrelsen att ta fram underlag för sin redogörelse. Revisorns uppgift är av *verifierande* natur.

3.2 Godtagbar apportegendom

Den grundläggande bestämmelsen om *vad som kan godtas som apportegendom* (ABL 2:2) fick sin första egentliga materiella utformning vid införandet av 1975 års aktiebolagslag, men överensstämde därvid med gällande praxis. Apportegendomen måste vara eller antas vara av nytta för bolagets verksamhet. Den skall vara användbar i bolagets rörelse och objektivt sett ha påtaglig betydelse för bolagets verksamhet (se prop. 1975:103 s. 293). Ett minimikrav är att apportegendomen är av sådan karaktär att den kan redovisas som tillgång i bolagets balansräkning. Däremot är inte säkert, att varje tillgång som allmänt sett kan redovisas som tillgång i bolagets balansräkning kan utgöra apportegendom (varom mera nedan). I det följande skall först diskuteras *vad som kan utgöra apportegendom*, och därefter *värderingen* av densamma, även om frågorna i vissa situationer givetvis kan sammanfalla.

För det första kan antecknas, att det saknar betydelse att apportegendomen utgörs av en tillgång av *likvid karaktär* (utan att vara pengar); egendomen kan ändå icke godkännas som apportegendom, om den icke är till nytta för bolagets verksamhet. Vill en aktietecknare betala med andra likvida medel än kontanter, förefaller det vara en onödig omgång att administrera apporttillskottet medelst en tillämpning av samtliga apportbestämmelser, i stället för att likvidera tillgången och omvandla denna till kontanter för användning i ett kontanttillskott.

Kravet på *nytta* vid fullgörandet av apporttillskottsplikten utesluter också enligt förarbetena (prop. 1975:103 s. 293) föremål som har karaktären av *personligt lösöre*. I övrigt får man vid prövningen av om en tillgång är av nytta eller icke utgå ifrån det i bolagsordningen upptagna *verksamhetsföremålet*. (Enligt Danielsson, Aktiekapitalet s. 145, är verksamhetsföremålet *vid apporttillskott* tvingande till förmån för borgenärerna.) Ingenting hindrar givetvis att detta verksamhetsföremål utvidgas genom en bolagsordningsändring till att omfatta även förutsedd apportegendom, men som bekant förutsätter bolagsordningsändringar beslut med kvalificerad majoritet. Det är också fullt legitimt att ett bolags verksamhet tar en helt ny inriktning, t.ex. med hänsyn till en marknadsutveckling, och att i samband därmed en apportemission

genomförs för den nya verksamhetsinriktningen. Även en sådan apportemission förutsätter emellertid i sådant fall en bolagsordningsändring.

Vid tolkningen av föreskriften om verksamhetsföremålet i syfte att fastställa om apportegendomen är av nytta för bolagets verksamhet, måste sannolikt samma marginal medges som vid prövningen av gränserna för bolagsledningens befogenhet med verksamhetsföremålet som utgångspunkt. Rättsfallet NJA 1987 s. 394 synes härvidlag möjligen kunna tolkas så, att endast om en viss transaktion "*uppenbart*" är *i strid med verksamhetsföremålet*, den får anses ligga *utom* ramen för bolagsledningens befogenhet. (Fallet tar primärt sikte på *ändamålet* med en ideell förenings verksamhet, men av domskälen synes följa, att det saknas principiella skäl att i här aktuellt hänseende skilja mellan en verksamhets föremål och ändamål; i vart fall görs i domskälen ingen tydlig sådan distinktion.) Det sagda förutsätter givetvis en objektiv bedömning och hindrar inte (vad som uttalats i förarbetena, prop. 1975:103 s. 293), att egendomen har en påtaglig betydelse för bolagets verksamhet.

Vidare kan i enlighet med vad som ovan berörts konstateras, att en tillgång som kan upptas i bolagets balansräkning i vart fall *normalt* kan utgöra apportegendom, dock att så inte alltid nödvändigtvis är fallet. Av tillskottspliktens utformning följer t.ex., att en *fordran hos de apporttillskottspliktiga* aktietecknarna icke är duglig som tillskottsobjekt. Ett godtagande av sådan apportegendom skulle stå i strid med bestämmelserna om kontanttillskottsplikten och de därtill hörande begränsningarna för bolaget att i samband med bildning eller tillskottsemission lämna kredit. Däremot torde det inte finnas hinder för att *fordran hos annan* än aktietecknare upptas som apportegendom (varvid vid värderingen skall prövas, om gäldenären är betalningsduglig). Det är emellertid oklart om en sådan fordran måste vara förfallen och om så är fallet, varför inte kravet ställs, att aktietecknaren i stället för att tillskjuta apportegendom inkasserar betalning för fordringen för användning i samband med ett kontanttillskott. Det skulle måhända kunna hävdas, att en fordring materialiserad i ett skuldebrev, som icke kan göras gällande vid anfordran, utan först efter en längre tidsperiod, i själva verket innebär ett medgivande av kredit. I annat fall kan här förutses avsevärda

kringgåendemöjligheter i det att t.ex. en aktieägare till utomstående gäldenär utfärdar ett skuldebrev i utbyte mot ett av gäldenären utfärdat skuldebrev, vilket sedan aktietecknaren använder vid fullgörandet av sin apporttillskottsplikt.

Samtidigt förefaller det vara högst naturligt i samband med överlåtelse av rörelse innefattande ett större antal fordringar (på grund av finans-, leasing- eller konsultverksamhet m.m.), att sådana fordringar utgör apportegendom, oavsett att de inte omedelbart förfaller till betalning. Detsamma synes gälla det fallet där apportegendomen utgörs av rättigheter, och där de korresponderande skyldigheterna inte omedelbart skall fullgöras. Här uppkommer emellertid många svåra gränsdragningsfrågor. Kontanttillskottsplikten och apporttillskottsplikten är dessutom inte helt kongruenta. Allt medan kontanttillskottet skall *fullgöras*, förutsätts vid apporttillskott endast att apportegendomen *tillförs* bolaget. Exemplet ovan med fordringen skulle kunna vidgas enligt följande (jfr Danielsson, Aktiekapitalet s. 143 ff.). Om istället för ett betalningsåtagande (oavsett hur detta materialiseras), aktietecknaren åtar sig att utföra arbete eller tillhandahålla tjänster, måste apportegendomen odugligförklaras enligt i vart fall 1995 års tillägg till ABL 2:2. Ställningstagandet ligger för övrigt i linje med tidigare rättspraxis. Danielsson (*ibidem*) har uttryckt saken så, att en bakomliggande, allmän princip kan skönjas, enligt vilken ett "*tillskott icke kan vara fullgjort med ett obligatoriskt åtagande*". Även om åtagandet formaliseras i ett avtal, och detta tillhandahålls bolaget, kan icke tillskottet anses vara i sig *fullgjort* eller *tillfört* bolaget. Apporttillskott av denna karaktär brister således i två led.

Saken är emellertid mer komplicerad än så. I lagtexten (ABL 2:2, 1 st., sista meningen) görs ingen skillnad mellan aktietecknares och *andras* "åtagande att utföra arbete eller att tillhandahålla tjänst". Det förefaller vara avsett, att stadgandet skall träffa alla sådana åtaganden, oavsett vem som är prestationsskyldig. Tillämpningssvårigheterna kan emellertid i vissa fall bli väsentliga. Några exempel skall anges i det följande.

3. Apporttillskottspliktens fullgörande

1. Om *aktietecknaren själv* i en särskild förbindelse, som upprättas vid apporttillskottets genomförande, *åtar sig att utföra arbete eller tjänst* motsvarande hela eller del av teckningsbeloppet, måste med all säkerhet förbindelsen betecknas som oduglig som apporttillskott. Förbindelsen är i förevarande hänseende närmast att jämställa med ett sedvanligt skuldebrev. För frågan om apportegendomens duglighet som apporttillskott torde det sakna betydelse om krediten regleras genom penningbetalningar eller utförandet av arbete eller tjänst. Grundprincipen om kontanttillskott måste också gälla apportegendom, oavsett att tillskottet sker med annat än pengar. Den inom näringslivet icke helt ovanliga formen för apporttillskott i samband med nyemission av aktier, enligt vilken aktietecknaren i avtal åtar sig att tillhandahålla annonsplatser och andra mediatjänster under en längre tid, innebär ingenting annat än ett fullgörande av tillskottsplikten på kredit och är därför otjänlig som apporttillskott. Enligt ett sådant obligationsrättsligt grundat åtagande är bolaget på samma sätt som vid sedvanlig kredit "beroende av tillskottsgivarens vilja och förmåga att stå för sitt åtagande"(se Danielsson, Aktiekapitalet s. 143 och Karlgren, Stiftelseurkund s. 27).
2. Något mer komplicerad blir bilden när aktietecknarens åtagande knyts till annan, mera substantiell apportegendom. Fråga kan t.ex. vara om *immateriella eller industriella rättigheter* (patent, know-how, etc.), blivande sådana eller helt enkelt utrustning, vars användning kräver sakkunskap, utbildning eller motsvarande. Om så t.ex. aktietecknaren tillhandahåller en ännu icke patenterad uppfinning, eller en tillverkningsmetod, som kan vara skyddad som företagshemlighet, och vidareutvecklingen, implementeringen, m.m. av uppfinningen eller metoden förutsätter medverkan av aktietecknaren under en längre tidsperiod, är det ju inte uteslutet att en sådan förbindelse i obligationsrättsligt bindande form kan utgöra en del av en duglig apportegendom. Odugligförklaras åtagandet, kan den övriga apportegendomen komma att helt sakna värde. Det står å andra sidan klart, att det ekonomiska värdet för bolaget av apportegendomen i sin helhet i ett sådant fall är bero-

ende av tecknarens vilja och förmåga att fullgöra sitt åtagande. Det synes också vara svårt för en revisor att hävda, att apportegendomen såvitt gäller åtagandena *tillförts* bolaget.

3. Om emellertid exemplet omedelbart ovan utvecklas därhän, att aktietecknaren som ett led i fullgörandet av tillskottsplikten också tecknar ett *anställningsavtal* med bolaget, innebärande bl.a. att aktietecknaren med en uppsägningstid om t.ex. 3 månader åtar sig att tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna tills vidare, kompliceras saken ytterligare. Någon principiell skillnad i jämförelse med situationen i punkten 2 ovan föreligger visserligen icke. Att åtagandet tar sig formen av ett konsultavtal, anställningsavtal eller annan förbindelse, borde rimligen inte ha någon betydelse för frågan om åtagandets duglighet som apportegendom. Samtidigt är det uppenbart, att varje utnyttjande av och ekonomiskt värde i tillgångar av ifrågavarande slag, men även annan utrustning i form av tillverkningsmaskiner, motorfordon, etc. är beroende av att *någon* fullgör ett åtagande enligt avtal. Om denne "någon" icke kan vara aktietecknaren själv, synes den distinktion som görs mellan aktietecknaren och andra bli en smula artificiell. För det fall det *ratio* som upprätthåller principen om att ett obligationsrättsligt grundat åtagande av aktietecknaren inte kan gälla som apportegendom är, att bolaget blir beroende av tillskottsgivarens vilja och förmåga att stå för sitt åtagande, borde samma *ratio* gälla personliga åtaganden av *andra än aktietecknare* enligt avtal. Någon arbetsplikt föreligger ju inte, oavsett om åtagandet tar sig uttryck i konsult- eller anställningsavtal. Ytterst sanktioneras åtagandet av ett skadeståndsansvar. Med hänsyn till att anställdas skadeståndsansvar är begränsat, torde skadeståndssanktionen ha större betydelse vid aktietecknarens underlåtenhet att utanför anställningsförhållande fullgöra sitt åtagande. Aktietecknarens personliga åtagande skulle därför teoretiskt sett kunna ha ett högre ekonomiskt värde än ett åtagande enligt anställningsavtal.

Danielssons uttalande (Aktiekapitalet s. 143), att ett tillskott inte får vara beroende av "tillskottsgivarens vilja och förmåga att stå för sitt åtagande", kan visserligen tolkas så att endast aktietecknarnas

(tillskottsgivarnas) egna åtaganden är uteslutna som apportegendom eller delar därav. Av hans framställning i övrigt framgår emellertid, att han överhuvudtaget icke har övervägt ändamålsenligheten av den distinktion som här ifrågasätts. Danielsson (*op. cit.* s. 144) nöjer sig med att konstatera, att det saknas anledning att skilja mellan vederbörande aktietecknares egen och annan *aktietecknares* förbindelse. En aktietecknares revers blir sålunda inte användbar såsom medel att fullgöra tillskottsplikt genom att överlämnas för detta ändamål av annan aktietecknare. Måhända bör intentionsdjupet i Danielssons uttalande bedömas mot bakgrund därav. Mot det sagda kan emellertid anföras, att Danielssons underlåtenhet att diskutera distinktionen är medveten: Systematiken i det Danielsson kallar sammanskottsmönster och tillskottsplikt förutsätter, att aktietecknarnas (tillskottsgivarnas) egna åtaganden förklaras som odugliga som apportegendom. (Se om sammanskottsmönster, Danielsson, *op. cit.* s. 23 ff.)

Enligt min mening måste man emellertid skilja mellan tillskottspliktens subjekt, dvs. aktietecknarna och deras rättighetsinnehavare, å ena sidan, och det sätt på vilket tillskottsplikten skall fullgöras av dessa subjekt, å den andra. Det råder inget tvivel om att tillskottsplikten skall fullgöras av aktietecknarna. Det förhållandet att aktietecknaren (tillskottsgivaren) har att slutligt svara för tillskottspliktens fullgörande enligt det för tillskottsplikten avsedda sanktionssystemet (varom mera nedan) hindrar givetvis inte att tillskottsplikten faktiskt fullgörs av annan än aktietecknaren.

Den omtalade distinktionen kan ej heller upprätthållas på kvittningsrättsliga grunder, enär enligt ABL 2:10 kvittning av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget i samband med aktieteckning är förbjuden. Sålunda gäller att, om tillskottsplikten icke fullgjorts på grund av kvarhängande åtaganden av allehanda slag, fullgörande icke kan ske genom kvittning mot aktietecknares fordran hos bolaget. Kvittningsregeln har i allmänhet motiverats med att tillskottsfordringar hos aktietecknare i händelse av bolagets insolvens skall komma alla bolagsborgenärerna till del, och att således aktietecknare icke som sådana i bolagets konkurs skall

genom kvittning få en fördelaktigare position i en konkurs än övriga borgenärer. (Kvittningsregelns berättigande har satts ifråga och i *Lagförslaget* har kvittningsregeln utmönstrats. Dessa frågor behandlas nedan.)

4. Komplikationsgraden ökar än mer när apportegendomen utgörs av *rörelse*. Under antagandet t.ex. att rörelsen huvudsakligen består av immateriella rättigheter, konsultverksamhet, varaktiga kundrelationer, samt en nyckelanställd person, som också är aktietecknare, synes rörelsen och aktietecknaren så intimt sammanlänkade, att de utgör varandras livselixir, varför rörelsens fortbestånd och värde är helt avhängigt av aktietecknarens framtida medverkan. Ett icke ovanligt fall torde vara att rörelsen i en enskild firma tillskjuts ett aktiebolag som betalning för aktierna. Skall tillskottsplikten i sådana fall anses vara fullgjord, trots att bolaget är beroende av tillskottsgivarens vilja och förmåga att stå för åtagandet att kvarbli i rörelsens "tjänst"? Gör det någon skillnad om rörelsen överlåts av en juridisk person, vars ledande befattningshavare är oumbärlig för rörelsens fortbestånd och utveckling? Problematisk blir saken också om rörelsen innehåller fordringar hos företagsledaren, som också är aktietecknare, eller hos andra, eller om rörelsens huvudsakliga värde ligger i avtalsrättigheter, vars värde är beroende av aktietecknarens eller andra personers vilja och förmåga att fullgöra sina skyldigheter.

   Om apportegendomen "bolagiseras", och således utgörs av aktier, skulle väl de flesta bedömare anse att aktierna distanserats så långt från bolagets tillgångar i form av fordringar, rättigheter, etc. att några tillämpningssvårigheter i vad avser tillskottspliktens fullgörande inte borde uppkomma. Men vad gäller om aktiebolagets huvudsakliga värde är tillgångar i form av fordringar, rättigheter, m.m. eller uteslutande konsultverksamhet med en god kundbas? (Aktiebolagets fordringar hos aktieägarna eller närstående till dessa – ehuru penninglån eller säkerhet till dessa är förbjudna – är inte nödvändigtvis ogiltiga).

   Är aktietecknarna fysiska personer, och utgörs apportegendomen av aktier i enmans- eller fåmansbolag, föreligger ett mycket

nära samband mellan aktietecknaren, aktierna och aktiebolaget. Om aktietecknaren är en juridisk person, försvagas säkerligen detta samband i många fall, förutsatt att den juridiske personen icke är ett enmans- eller fåmansägt holdingbolag. För det fall t.ex. annonstjänsterna i exemplet i 1 p. ovan enligt ett bindande avtal skulle "bolagiseras" och avtalsrättigheterna utgöra aktiebolagets huvudsakliga tillgång, skall då aktierna i detta bolag betecknas som laglig apportegendom? Utvecklas exemplet ytterligare så, att ett större rörelsedrivande aktiebolag för apportändamål bildar ett dotterbolag, vilket förutom tillgångar motsvarande aktiekapital innehar avtalsrättigheter av nämnt slag, står det då fritt för moderbolaget att använda aktierna i dotterbolaget som betalning för aktier i t.ex. apportemissioner? Aktierna har säkerligen ett ekonomiskt värde, de kan tillföras emittentbolaget och sakrättsligt skyddas mot aktietecknarens borgenärer. Det besvärliga är att göra en principiellt godtagbar skillnad mellan avtalsrättigheterna och aktierna som apportegendom

Aktiernas värde står ju som bekant inte bara i relation till befintlig substans utan också bl.a. till förväntningarna om framtida avkastning, räntans utveckling, etc.. Sådana förväntningar grundas åtminstone delvis icke sällan på rätt till framtida prestationer. I detta avseende är det ingen skillnad mellan förväntningarna på ett patents avkastning och den avkastning som avtalsrättigheter (i licens-, anställnings-, konsult-, distributions-, förlagsavtal, etc.) förutses ge. När ett aktiebolags tillgångar huvudsakligen består av fordringar, såsom t.ex. i ett finans- eller leasingbolag (kapitalmarknadsbolag), kan ifrågasättas om ett apport- eller kontanttillskott föreligger. Aktier bokas visserligen upp i balansräkningen som tillgång med värde (förutsatt förstås att fråga icke är om egen aktie), men bokfört värde motsvarar i regel anskaffningsvärdet, som i sin tur normalt är den historiska köpeskillingen för aktierna; och en väsentlig del av denna köpeskilling är framtidsrelaterad. Detsamma gäller när aktier lämnas som apporttillskott. Även fordringar upptas till anskaffningsvärdet och blir stundom föremål för ned- eller avskrivning beroende på gäldenärens betalningsförmåga. Det för-

hållandet att apportegendom av visst slag har ekonomiskt värde, och kan utgöra en tillgång i bolagets balansräkning, utesluter på intet sätt att egendomen är oduglig som apporttillskott.

3.3 Förbudet mot överlåtelse eller pantsättning av tillskottsfordran

Stadgandet i ABL 2:10, 2 st., att fordran på aktiebelopp ej av bolaget kan överlåtas eller pantsättas, för inte heller saken närmare en lösning. Med "fordran" avses här självfallet tillskottsfordran. Motiveringen till stadgandet framgår endast vagt av förarbetena. I allmänhet anges, att samma skäl som talar för att kvittningsrätt inte skall tillkomma aktietecknare kan åberopas för att en förbindelse till bolaget för obetalt aktiebelopp inte får överlåtas eller pantsättas och därigenom löpa risken att bli föremål för utmätning för fordran hos bolaget. (Se prop. 1975:103 s. 304 f., jfr SOU 1941:9 s. 195 med i princip en likalydande motivering. Följande tillägg har gjorts i sistnämnda förarbeten: "En förvandling av fordringens natur i berörda hänseende genom förbindelsens utfärdande skulle vidare under vissa förhållanden kunna komma att för styrelsen medföra betänkligheter mot infordrande av förbindelse. Frågan, om förbindelse skall infordras eller ej, bör kunna av styrelsen avgöras utan sådana hänsyn, allenast med avseende å vad som framstår såsom ändamålsenligt för bolaget vid aktiekapitalets indrivande.") Stadgandet infördes med 1944 års lag och överfördes utan några synliga ifrågasättanden till 1975 års lag.

I *Lagförslaget* har förbudet mot överlåtelse och pantsättning av tillskottsfordran utmönstrats till synes utan närmare motivering.

Huvudmotiveringen för förbudet i fråga, att en tillskottsfordran vid bolagets obestånd skall komma alla bolagets borgenärer tillgodo, dvs. samma motivering som gäller för kvittningsregeln, är inte särskilt välgrundad.

Det förhållandet att aktietecknaren till nackdel för övriga bolagsborgenärer inte skall kunna använda en fordran hos bolaget för kvittning mot tillskottsskulden (dvs. motivet för kvittningsregeln) synes inte fullt ut göra sig gällande när bolaget önskar få betalt för en tillskottsfordran genom överlåtelse eller pantsättning härav. (Jfr Danielsson, *op. cit.* s.

64.) Bolagsborgenärerna tycks icke kunna komma i ett sämre läge när tillskottsfordran överlåts eller pantsätts och bolaget därigenom erhåller betalning för fordran. När väl en tillskottsfordran blir föremål för överlåtelse eller pantsättning får antas, att fordringens värde reduceras avsevärt: Skälet till att bolaget tvingas till en överlåtelse eller pantsättning är väl i många fall, att aktietecknaren/gäldenären saknar betalningsförmåga, och är betalningsviljan försvagad, beror detta allt som oftast på att tillskottsfordran är tvistig. Den betalning bolaget kan komma i åtnjutande av på grund av överlåtelse eller pantsättning täcker därför i praktiken ofta långt ifrån tillskottsfordran.

Dylika förhållanden skulle visserligen kunna anvisas som skäl för överlåtelseförbudet: Genom överlåtelse eller pantsättning av tillskottsfordran i fall som det nämnda avhänder sig bolaget hela sin fordran, varför tillskottet definitivt kommer att underskrida det vid bolagsbildningen eller emissionen stipulerade aktiekapitalet. Som ett resultat härav är alltså bolagets bundna kapital icke intakt. Överlåtelseförbudet tvingar bolaget att i stället begagna den arsenal av åtgärder som aktiebolagslagen erbjuder, främst att förklara aktien förverkad. Härigenom uppkommer ingen diskrepans mellan tillskottskapital och aktiekapital, låt vara att aktiekapitalet genom förverkandeåtgärden vid bolagsbildning kan komma att underskrida minimigränsen. Vid ett sådant förhållande får andra åtgärder vidtas.

Men för att förhindra sådana konsekvenser erfordras inte ett *totalt* överlåtelseförbud. Det borde vara tillräckligt att antingen stadga, att överlåtelse eller pantsättning endast får ske om därigenom full betalning kan erhållas, eller att – om full betalning icke kan erhållas (vilket är det mest praktiska) – aktien skall till resterande del förverkas och den tillskottsskyldiga aktietecknaren fortsatt vara betalningsskyldig till denna del. Vad nu sagts torde också gälla, om avsikten med överlåtelseförbudet uteslutande är att få till stånd ett utmätningsförbud.

Danielsson (*op. cit.* s. 64 f.) ser överlåtelseförbudets egentliga motivering i det "tvingande sammanskottsmönstret". Av detta skulle enligt Danielsson följa, att det rättsförhållande som uppkommer mellan bolaget och aktietecknaren på grund av aktieteckningen är i någon mening exklusiv. En tillskottsskuld är knuten till aktietecknaren och kan inte

övertagas, om inte det samtidigt sker ett övertagande av aktieteckningen (se Danielsson s. 66 f.). En överlåtelse eller pantsättning av tillskottsfordran skulle enligt Danielsson innebära ett avbrytande av denna med hänvisning till sammanskottsmönstret exklusiva relation. Exklusiviteten sträcker sig så långt att enligt Danielsson varken vederlaget vid överlåtelsen eller pantsättningen kan tillgodoräknas aktietecknaren som betalning, dvs. aktietecknaren skulle icke vara berättigad till aktier motsvarande det av bolaget erhållna vederlaget. Å andra sidan skulle förvärvaren av tillskottfordringen, eller panthavaren, icke utan vidare kunna driva in fordringen hos aktietecknaren, eftersom denne icke är skyldig att betala utan att erhålla aktier därför.

Den teoretiska barlast som vidhäftar överlåtelseförbudet (och kvittningsregeln) har dumpats i *Lagförslaget*, såvitt gäller *bolagsbildningen* till synes genom den helt nya konstruktionen med en öppningsbalansräkning. Om inte tillskottsplikten fullgjorts av de ursprungliga aktietecknarna, eller av andra som helt eller delvis träder i de ursprungliga aktietecknarnas ställe, förfaller frågan om bolagsbildande. En revisor har att granska och yttra sig över öppningsbalansräkningen och därvid konstatera att tillskottsplikten fullgjorts.

Överlåtelseförbudet skall emellertid *fortsatt gälla vid emission av aktier* (dock icke konvertibler, se Lagförslaget 12.21 och SOU 1997:22 s. 365).

3.4 Rekvisitet "tillförsel"

Lösningen på frågan om apportbegränsningsregelns (ABL 2:2, 1 st., sista meningen) omfattning är långt ifrån given. Hur den närmare gränsdragningen skall ske, är som torde framgått ovan av illustrationerna i avsnitt 3.3 oklart. I förarbetena ges ingen vägledning. Bestämmelsens ursprung är artikel 7 i EU:s andra bolagsdirektiv, som föreskriver att det tecknade kapitalet endast får bestå av tillgångar som kan värderas ekonomiskt, men att i tillgångarna inte får inräknas åtaganden att utföra arbete eller att tillhandahålla tjänster. Apportegendom kan alltså inte utgöras av fordran på arbete eller tjänst. Frågan, huruvida en sådan fordran har ett ekonomiskt värde eller icke, är inte på något sätt avgörande

för apportbegränsningsregelns omfattning. Däremot står klart, att om en sådan fordran icke har något ekonomiskt värde, den icke kan tillmätas ett sådant vid tillskottspliktens fullgörande. Gränsdragningsproblematiken får därför anses avse sådana åtaganden som har ett ekonomiskt värde.

Det förefaller emellertid möjligt, att med stöd av övriga, befintliga rekvisit avseende apportegendom utesluta en lång rad åligganden enligt apportbegränsningsregeln ur gränslandet:

1. Apportegendomen skall i enlighet med kontantprincipen vara "*tillförd*" *bolaget* (ABL 2:9, p. 3). Revisor skall i yttrande intyga att så har skett.
2. Apportegendomen skall ha ett *ekonomiskt värde*. Detta värde skall kunna återspeglas i bolagets balansräkning (ABL 2:2 och 2:9, p. 4).

Rekvisiten skall vid tillämpningen av apportbegränsningsregeln betraktas som kumulativa. Detta innebär att apportegendomen måste ha ett ekonomiskt värde som skall vara tillförd bolaget.

Begreppet tillförd har i Aktiebolagskommitténs delbetänkande, Aktiebolagets kapital (SOU 1997:22), och numera i Lagförslaget 2:11 (jfr 12:11), utformats så att "tillförandet" skall medföra en *sakrättsligt* giltig överlåtelse till bolaget: Apportegendom skall ha avskiljts för bolagets räkning på ett sätt som skyddar egendomen mot anspråk från aktietecknarens borgenärer. Lagförslaget måste härvid betecknas som ett förtydligande av rekvisitet "tillförd", och icke såsom en saklig ändring av rekvisitet. Redan i förarbetena till 1975 års aktiebolagslag (prop. 1975:103 s. 309) uttalades i denna fråga, att det normalt torde fordras, att aktietecknaren har vidtagit sådana åtgärder ifråga om apportegendomen som i allmänhet fordras för att en äganderättsövergång skall vara gällande mot tredje man. I sammanhanget hänvisades till "allmänna förmögenhetsrättsliga regler", med vilka företrädesvis torde ha avsetts det sakrättsliga regelsystemet. Detta framgår också av de exempel på hur tillförseln skall ske av lösöre eller värdepapper som ges i förarbetena: Sådan egendom skall ha överförts i "styrelsens besittning".

Kontantprincipens motsvarighet för apportegendom, en sakrättslig giltig överlåtelse, utesluter ett fullgörande av tillskottsplikten genom aktietecknarens utfärdande av t.ex. skuldebrev (jfr nedan om friviliga aktieägartillskott, där tillförselrekvisitet inte gäller i denna mening). Detsamma gäller aktietecknarens utfärdande av förbindelse att utföra arbete eller tjänst. Vidare utesluts förbindelser av andra än aktietecknare att utföra arbete eller tjänst. Kontraktsrättigheter, enligt vilka aktietecknaren gentemot utestående skall erhålla betalning för av aktietecknaren utfört arbete eller tjänster, kan tidigast anses vara sakrättsligt skyddade vid intjänandet, förutsatt att denuntiation skett dessförinnan eller samtidigt därmed, så att en fordran faktiskt uppkommer.

Om aktietecknaren däremot överlåter en fordring hos annan såsom betalning för aktierna, kan det sakrättsliga kriteriet uppfyllas genom denuntiation, eller – om fråga är om löpande skuldebrev – tradition. För att anses vara "tillförd" i sakrättslig mening, kan självfallet icke krävas, att en sådan fordran skall vara förfallen till betalning. Även en icke förfallen fordran skall sålunda i här anförd mening vara tjänlig som apportegendom. Vad som förutsåtts är endast att fordran faktiskt har uppkommit, och att denna gäller hos annan än aktietecknaren själv (inbegripet möjligen också dennes närstående i fall av mera uppenbara kringgåenden av kontantprincipen). T.o.m. en tillskottsfordran som aktietecknaren, som förutsätts vara ett aktiebolag, har hos annan skulle på samma grunder kunna anses vara tillförd, men eftersom en sådan fordran enligt ABL 2:10 icke kan överlåtas eller pantsättas enligt vad som ovan omtalats, dvs. den är utmätningsfri, är överlåtelsen obligationsrättsligt ogiltig och kan därför ej heller sakrättsligt skyddas.

Vad som nu sagts om fordringar gäller *fordringar i allmänhet*, således inte uteslutande penningfordringar, utan också fordringar på leverans av varor, utfåendet av lösöre eller annan lös egendom, inklusive värdepapper, etc. Gemensamt för dessa fordringar är att de kan "tillföras" i sakrättslig mening medelst uppfyllandet av ett eller annat sakrättsligt kriterium. Även derivat av lös egendom kan sakrättsligt skyddas, så t.ex. optioner i lösöre eller värdepapper. En rätt (option) att förvärva fast egendom är emellertid obligationsrättsligt ogiltig, varför sakrättsskydd är uteslutet: En allmän förutsättning för sakrättslig giltighet är ju att den

grundläggande transaktionen är obligationsrättsligt giltig. Med ett åtagande att prestera arbete eller utföra tjänst förhåller sig emellertid saken annorlunda. Sakrättsskydd kan inte vinnas över arbete eller tjänst som ännu icke utförts, oavsett om det är aktietecknaren själv eller annan som åtagit sig prestationen. Det av EG-rättsliga skäl införda tillägget i ABL 2:2, att med apportegendom inte får jämställas åtagande att utföra arbete eller att tillhandahålla tjänst, får mot bakgrund härav ses som ett förtydligande av tillföranderekvisitet, och som sådant utan materiellt egenvärde.

Det sagda innebär att *arbets- och tjänsteåtaganden* är odugliga som apportegendom, oavsett om det är aktietecknaren själv eller annan som skall svara för åtagandet. Ovan har berörts svårigheterna att bedöma och värdera apportegendom, när i denna ingår som ett mer eller mindre väsentligt moment ett åtagande av här aktuellt slag (t.ex. en uppfinning, där uppfinnaren åtar sig att medverka vid utvecklingen och patenteringen av uppfinningen). Tillföranderekvisitet utesluter också sådana åtaganden. Svårigheten ligger i värderingen av apportegendomen *utan* ett sådant åtagande (till detta återkommer framställningen nedan). En liknande situation kan uppkomma när apportegendomen består av en *rörelse*. Vad som med ett modernt språk betecknas som "humankapital", dvs. det eventuella värde som finns i de i rörelsen ingående anställda, företagsledare, m.m., borde på samma grund icke kunna kvalificeras som apportegendom med en tillämpning av tillföranderekvisitet. De obligationsrättsliga åtaganden i form av framtida arbete som nedtecknas i olika former av anställningsavtal m.m. kan inte anses vara tillförda i sakrättslig mening, även om övertagande bolag träder in i en tidigare arbetsgivares ställe. (En sakrättslig egenhet är att fordringar som ingår i rörelse är sakrättsligt skyddade i och med överlåtelsen och utan krav på denuntiation, se skuldebrevslagen, 31 §, 3 st., som är direkt tillämplig på skuldebrev men analogivis på fordringar.) En personalintensiv rörelse, med ett flertal nyckelpersoner, m.m., blir därmed också mycket svårvärderad (se nedan).

För det fall apportegendomen "*bolagiseras*" så att t.ex. uppfinningen ägs av ett aktiebolag där uppfinnaren är anställd, eller hela den ovan omtalade rörelsen tillhör ett aktiebolag, kan emellertid tillförandekrite-

riet uppfyllas genom en sakrättsligt skyddad överlåtelse av aktier (eller andelar i handels- eller kommanditbolag, eller ekonomiska föreningar). När aktierna värderas, finns ingen anledning att bortse ifrån värdet av de anställda, utan sedvanliga värderingsprinciper skall tillämpas. Skillnaden mellan överlåtelse av rörelse och aktier i nu angivna fall må, såsom ovan framhållits, synes väl konstruerad – i det ena fallet får värdet av de anställdas prestationer innefattas, men icke i det andra – särskilt som de anställdas vilja och förmåga att utföra arbetet eller tjänsten icke borde vara avhängigt av tillskottsobjektets karaktär. Tillföranderekvisitets utformning ger dock ingen annan lösning.

3.5 Rekvisitet "ekonomiskt värde" och värderingstidpunkt

Apportegendomen skall ha ett *ekonomisk värde*. Den skall också kunna upptas i balansräkningen som en tillgång med värde. Har apportegendomen inget ekonomiskt värde, utgör den ej heller en tillgång med värde i balansräkningen. Motsatsen är dock icke given. Tillgångar med faktiskt ekonomiskt värde har nämligen inte nödvändigtvis ett värde i balansräkningen. Här avses främst bolagets egna aktier, men också apportegendom i form av moderbolagsaktier vid fullgörandet av tillskottsplikten i dotterbolag. (Enligt årsredovisningslagen 4:14 skall egna aktier inte tas upp som tillgång, och vid värdering av moderbolagets andelar i dotterföretag skall aktierna som dotterföretaget äger i moderbolaget inte anses ha något värde.) En tillgång kan också ha ett ekonomiskt värde, men inte anses *tillförd* i ovan angiven mening. (Se ovan om fordran hos aktietecknaren, eller om åtaganden att utföra arbete eller tjänst.) Sakrättsliga kriterier styr i princip inte en balansräknings utformning och innehåll. En annan sak är sedan att underlåtenheten att uppfylla ett sakrättskriterium kan beaktas vid värdering, t.ex. i samband med överväganden om ned- eller avskrivning.

Även tillskottsfordran kan ha ett ekonomiskt värde, men får ej upptas i balansräkningen. Det sagda sammanhänger inte direkt med principen om att tillskottsfordran är utmätningsfredad och inte kan överlåtas eller pantsättas, utan följer av det grundläggande systemet för kapitalbildningen i aktiebolaget: Aktiekapitalet kan bara växa i takt med att till-

gångar av ekonomiskt värde faktiskt tillförs bolaget. Detta framgår av ABL 2:9, 2 st. 1–3 p., och 3 st., enligt vilket bolagets aktiekapital skall fastställas till ett visst belopp med hänsyn till vad som tillförts (eller förverkats enligt ABL 2:11) genom registrering. (I Lagförslaget är motsvarigheten härtill 2:12, men också 2:11, enligt vilken bestämmelse öppningsbalansräkningen skall vara utformad i enlighet med det sagda.) En anomali i sammanhanget är den kredit som medges vid nyemissioner enligt ABL 4:12–13. Bestämmelserna i fråga förutsätter att aktiekapitalet ökas, trots att tillskottsplikten inte fullgjorts i motsvarande grad. Diskrepansen torde utfyllas genom att tillskottsfordran upptas som tillgång i balansräkningen. Det är enligt ABL 4:12 t.o.m. tillräckligt att tillskott motsvarande halva aktiekapitalökningen fullgjorts för att hela ökningen skall kunna anmälas för registrering. Härvid förutsätts att tillskottsfordran är fullvärdig. Till den del tillskottsfordran sedan ej regleras, skall aktiekapitalet nedsättas (ABL 4:13, 2 st.). Tillskottsfordran kan samtidigt ej utmätas, överlåtas eller pantsättas. (Rationaliteten i detta skall begrundas nedan.)

I *Lagförslaget* har detta system övergivits och en återgång skett till vad som föreskrevs i 1944 års aktiebolagslag. I stället för tillskottskredit och successiv inbetalning, skall enligt Lagförslaget *kapitalökningen* ske successivt genom kontanttillskott eller eljest uppfyllandet av tillförderekvisitet. Aktiebolagskommittén uttalar härvid (SOU 1997:22 s. 217), att det framstår som "principiellt felaktigt att ett aktiebolag kan stå registrerat för ett aktiekapital som är större än vad som faktiskt har inbetalats till bolaget". Den grundläggande principen för successiv aktiekapitalökning överensstämmer med den som tidigare återfanns i 1944 års ABL 16 §. Registrering av aktiekapitalökning kan endast ske om tillskottsplikten fullgjorts. Tillskottsfordran kan därför inte upptas som tillgång i balansräkningen för att balansera en aktiekapitalökning. (Se Lagförslaget 12:23, sista st., som gör det möjligt att registrera en del av en tillskottsemission, förutsatt bl.a. att det till grund för registreringen liggande emissionsbeslutets villkor om lägsta belopp fullgjorts.)

Ytterligare en systemavvikelse föreligger emellertid. En tillskottsfordran kan på grund av ABL 2:11, sista st., uppkomma med en femtedel av full betalning för aktien, trots att aktien förklarats förverkad eller

övertagits av annan, som erlagt full betalning härför. En sådan bolagets fordran på grund av underlåtenhet att fullgöra tillskottsplikten synes kunna upptas som en tillgång i balansräkningen; en annan sak är sedan att fordringens värde kan vara litet på grund av gäldenärens bristande betalningsförmåga. Aktiekapitalet (eller en eventuell ökning härav) balanseras ju fullt ut av andra balansgilla tillgångsposter. Vad som kan utvinnas på grund av den *schabloniserade femtedelsregeln* – någon form av kontraktuellt skadestånd eller avtalsvite – är ju vid tillskott *utöver* vad som fordras för att täcka aktiekapitalet. (Om regelns förhistoria, se prop. 1975:103 s. 306.)

I ABL 12:4, 1 st., 2 p., föreskrivs att vad aktietecknare på grund av femtedelsregeln "betalat till bolaget" skall avsättas till reservfonden. Bestämmelsen synes förutsätta, att betalning redan skett för aktier som sedermera förklaras förverkade och att denna betalning helt eller delvis på grund av femtedelsregeln innehålls för avsättning till reservfonden. Förutsättningen är emellertid ej sådan i ABL 2:11, 3 st., där det endast stadgas att den för vilken aktien förklarats förverkad skall *svara* för en femtedel av full betalning för aktien. Någon faktisk betalning är alltså inte förutsatt. I enlighet med vad som anförts ovan borde ändock den fordran som uppkommer kunna upptas som sådan i balansräkningen för det fall den har ett värde.

Det ovan förda resonemanget leder till ytterligare konsekvenser. *Vid* och *efter registreringen* av ett aktiebolag, kan enligt det nuvarande systemet en tillskottsfordran – med undantag av vad femtedelsregeln ger upphov till – överhuvudtaget inte föreligga. Fullgörs inte tillskottsplikten, måste de aktier tillskottsplikten avser förklaras förverkade eller övertagas av annan, som fullgör tillskottsplikten. Eljest kan bolaget inte registreras enligt ABL 2:9, 2 st., 1 p. Om vissa aktier förklaras förverkade, måste den tillskottsplikt som avser resterande aktier motsvara det för aktiebolag i bolagsordningen eller lag föreskrivna minimikapitalet. Med nämnda undantag kan följaktligen en tillskottsfordran lagligen endast uppkomma *före* bolagets registrering, och borde av det skälet icke kunna överlåtas eller pantsättas av "bolaget" (jfr ABL 2:10, 2 st.). Det sistnämnda förbudet borde därför, såvitt gäller tillskottsfordringar vid bolagsbildningen, endast kunna åsyfta fordringar på grund av fem-

tedelsregeln, vilka dock egentligen inte avser tillskott utan skadestånd på grund av underlåtenheten att fullgöra tillskottsplikten.

Lagförslagets bestämmelser om öppningsbalansräkningen (2:11) innebär en elegant lösning av ovan omtalade svårigheter, men även andra (mera härom nedan). Granskningen av en sådan öppningsbalansräkning är avsedd att leda till, att bolaget inför registreringen tillförs tillgångar motsvarande minst aktiekapitalet, vilket sedan skall uppgå till minst det aktiekapital som föreskrivits i bolagsordningen eller till den lagstadgade miniminivån. *Öppningsbalansräkningen* skall grundas på tillföranderekvisitet, samt på principerna om att tillgångarna har ett ekonomiskt värde och kan upptas i balansräkningen. Av detta följer att en tillskottsfordran inte kan upptas i öppningsbalansräkningen. Vidare har femtedelsregeln avskaffats, men detta hindrar inte att bolaget efter registrering kan undantagsvis ha en skadeståndsfordran hos aktietecknare som icke fullgjort sin tillskottsplikt. En sådan fordran är balansgill, förutsatt givetvis att den har ett värde. Femtedelsregelns avskaffande vid bolagsbildning sammanhänger med att aktieteckning föreslås icke vara bindande. Det finns därför inget behov av regler om obetalda aktier i samband med bolagsbildning. (Med femtedelsregeln har också utmönstrats nuvarande bestämmelse i ABL 12:4 om avsättning av vad som inflyter på grund av regeln till reservfonden.)

En *öppningsbalansräkning* enligt Lagförslaget förutsätts vara underkastad samma restriktioner som balansräkningar i allmänhet, se härom årsredovisningslagen 1995:1554 bl.a. 3 och 4 kap. Något förbud motsvarande det i ABL 2:10 i nuvarande system mot att överlåta eller pantsätta fordran på aktiebelopp har ej heller ansetts behövligt på bolagsbildningsstadiet på grund av kravet på öppningsbalansräkning. Av samma skäl har kvittningsförbudet avskaffats. Även här är kravet på en öppningsbalansräkning avsett att tillförsäkra, att kvittning icke sker före bolagets registrering så att registreringsförutsättningarna icke uppfylls. Kvittningar blir i princip möjliga (däremot knappast vanliga) under förutsättning att kvittningen resulterar i en balansgill tillgång. Det kan t.ex. förhålla sig så att aktietecknarna gjort en misstagsbetalning till bolaget under bildning, eller har en fordran på grund av tidigare förfallen aktieteckning (jfr NJA 1924 s. 26 och Danielsson, Aktiekapitalet s. 91 f. sär-

skilt fotnot 6). Med kravet på en öppningsbalansräkning skapas ett välkommet flexiblare förhållningssätt vad gäller kvittning samt överlåtelse och pantsättning av fordringar.

Det *gällande* systemet med tillskottskredit i ABL 4:12–13 kan ge upphov till balansgilla tillskottsfordringar under den stipulerade kredittiden. Först en månad efter utgången av en sex månaders frist från registreringen av nyemissionen skall anmälan ske av tillskottspliktens fullgörande. Tillskottsfordringarna upphör först i och med att PRV efter bolagets hörande registrerat en nedsättning av aktiekapitalet motsvarande det nominella beloppet av de ej betalda aktierna. Har tillskottsemissionen skett till överkurs, kvarstår tillskottsfordringar motsvarande denna. Eftersom ABL 4:11 hänvisar till ABL 2:11, medför en tillämpning av femtedelsregeln att högst en femtedel av full betalning för aktie skall upptas som tillskottsfordran (egentligen skadeståndsfordran). *Femtedelsregeln* torde därför tillämpas så att den avser full betalning för tillskottsaktien, inklusive överkurs. Om sålunda teckningskursen är 200, och nominellt belopp 100, skall när aktietecknaren endast inbetalat 180 inom den angivna tidsfristen, nedsättning av aktiekapitalet ske med 100 och återbetalning ske med 140, sedan avdrag skett med en femtedel av 200, dvs. 40. Under tillskottskredittiden förelåg en tillskottsfordran om 20, och efter nedsättningen av aktiekapitalet har denna fordran ökat till 40. Enligt ABL 12:4 skall beloppet avsättas till reservfonden.

Kvittningsförbudet är vid tillskottsemission mindre rigoröst utformat än vid bolagsbildning. Enligt ABL 4:11 får kvittning av skuld på grund av aktieteckning ske mot fordran hos bolaget, om bestämmelser därom upptagits i beslutet om nyemission. Uppgår bolagets bundna egna kapital före emission till minst SEK 1 miljon, är det tillräckligt om styrelsen medgivit kvittning, under förutsättning att kvittningen inte är till skada för bolaget eller dess borgenärer.

Lagförslagets återinförda system om successiv kapitalökning innebär, att tillskottsfordran kan aktualiseras fram till *registreringen av tillskottsemissionen* (inom sex månader från beslutet härom) enligt 12:23. En sådan fordran kan av bolaget inte överlåtas eller pantsättas (12:21). I Lagförslagets bestämmelse om förverkande av aktierätt (12:22) har femtedelsregeln bortfallit, enligt förarbetena härtill av praktiska skäl:

Bestämmelsen har "aldrig tillämpats och dess effekt på aktietecknarnas betalningsvilja torde vara obetydlig". Ändringen hindrar inte att skadeståndsfordran kan uppkomma.

Aktieteckningen vid *tillskottsemission* är bindande. Om beslutet om tillskottsemissionen innehåller villkor om lägsta och högsta belopp för emissionen, och aktieteckningen resulterat i ett högre belopp än den ökning som sedermera registrerats (vilket således måste motsvara minst det lägsta beloppet enligt beslutet), kan också denna mellanskillnad utgöra en tillskottsfordran såväl före som efter registreringen av emissionsbeslutet. Aktier motsvarande denna mellanskillnad måste antingen förklaras förverkade eller övertas av annan, som fullgör tillskottsplikten, vid äventyr eljest att även dessa aktier förklaras förverkade. Aktier som förklarats förverkade är ogiltiga. Tillskottsfordran på grund av underlåtenhet att fullgöra tillskottsplikten kan således inte balanseras av aktiekapital, ej heller av reservfonden. I praktiken torde emellertid sådana tillskottsfordringar sakna värde. Till detta kommer det föreslagna, lagstadgade förbudet mot överlåtelse eller pantsättning av fordringarna (se Lagförslaget 12:21). I den mån tillskottsfordran har något värde, skall den dock balanseras av fritt eget kapital. Detsamma gäller vad som faktiskt inbetalts eller tillförts på grund av aktieteckning i de fall tillskottsplikten icke till fullo fullgjorts. (Om det i det ovan angivna exemplet 180 inbetalas av 200, förefaller efter femtedelsregelns avskaffande 180 tillfalla bolaget utan återbäringsskyldighet, möjligen med en jämkning med stöd av avtalslagen 36 §. Det kan antecknas, att femtedelsregeln infördes i 1975 års aktiebolagslag på grund av att den tidigare gällande principen, att bolaget ej hade återbäringsskyldighet, ibland kunde leda till obilliga resultat.) Tillskottsfordringar av nu diskuterat slag måste anses vara balansgilla, till den del de har ett värde. Eftersom de inte kan överlåtas eller pantsättas, kan de ej heller utnyttjas som apportegendom.

Vägledande vid fastställandet av *apportegendoms ekonomiska värde* är principen om att *övervärdering icke får ske* (se ABL 2:2 och 9, 2 st. 4 p.). Ett belopp motsvarande minst akties nominella belopp skall vara inbetalt (tillfört). Skall tillskottsplikten fullgöras genom tillförande av apportegendom, får denna icke värderas högre än det *verkliga värdet för*

bolaget. Av revisors yttrande enligt ABL 2:9, 2 st., 4 p., skall framgå, att apportegendomen inte har åsatts högre värde än det verkliga värdet för bolaget. Vid värderingen skall revisor också ange vilken värderingsmetod som tillämpas samt anteckna de särskilda svårigheter, att uppskatta värdet av egendomen, som förelegat. Motsvarigheten härtill saknas i ABL 4:6, 3 st., vilket förefaller inkonsekvent. Förbudet mot övervärdering följer således av *underkursförbudet*. Bestämmelserna i ABL 2:12 a och 4:13 a om avsättning till överkursfonden är, såvitt kan förstås, icke tillämpliga vid undervärdering av apportegendom; skillnaden mellan det fastställda värdet och det verkliga värdet skall således icke avsättas till *överkursfonden*. De ifrågavarande bestämmelserna synes endast vara tillämpliga när *aktieteckningen* sker till överkurs (jfr ordalydelsen: Belopp som bolaget "på grund av aktieteckning har fått som betalning för aktierna utöver det nominella beloppet" skall sättas av till överkursfonden. Jfr Danielsson, Aktiekapitalet s. 198 f.: "Överkursen skall sålunda bero på själva aktieteckningen, och en faktisk överbetalning utan stöd av teckningsförbindelsen träffas ej av regeln.")

Mot det sagda skulle kunna anföras, att allt som inbetalas eller tillförs bolaget vid aktieteckning (vid bolagets bildande eller i samband med en tillskottsemission) skall, till den del det inte utgör aktiekapital, bindas i bolaget genom avsättning till *överkursfonden*. Till stöd härför skulle kunna hävdas, att fråga är om ett tvingande borgenärsskydd omfattande hela det bundna kapitalet. Att aktieägarna frivilligt beslutat om överkurs, och aktietecknarna godtagit undervärdering, hindrar inte en slutsats om att lagstiftarens syfte varit, att med avsättningsregeln förstärka borgenärsskyddet. Även en sedvanlig aktiekapitalökning utöver lagstadgad miniminivå är på samma sätt frivillig och icke desto mindre utgör *allt* aktiekapital grunden för ett tvingande borgenärsskydd.

Det anförda skulle sålunda tala för att vad som på grund av en undervärdering tillförs ett aktiebolag också skall avsättas till överkursfonden. Synsättet förutsätter emellertid, att apportegendomens verkliga värde beräknas med *större precision* än vad som framgår av gällande krav (ABL 2:9, 2 st., 4 p.), nämligen att revisor skall uttala sig om att apportegendomen ifråga icke har ett högre värde än det verkliga värdet. (Om t.ex. tre olika värderingar utvisar att apportegendomen är värd 100, 120

och 140, och egendomen tillsätts värdet 100 vid fullgörandet av tillskottsplikten, kan visserligen sägas att egendomen inte åsatts ett högre värde än det verkliga värdet, men har samtidigt inte preciserats egendomens verkliga värde, dvs. det värde som skall läggas till grund för den ifrågasatta avsättningen till överkursfonden.)

Lagförslaget innebär ett avskaffande av kravet på avsättning till överkursfonden. Avskaffandet sammanhänger med införandet av kvotaktiesystemet, enligt vilket aktie icke ges ett nominellt belopp. Utan ett nominellt belopp föreligger nämligen ingen överkurs. Vad som vid aktieteckning betalas för aktie i enlighet med emissionsbeslutet i form av kontanter eller apportegendom skall i stället i sin helhet gälla som aktiekapital. Men detta krav skall icke längre vara tvingande. Så länge det sammanlagda beloppet som skall tillföras aktiekapitalet inte understiger det i bolagsordningen stipulerade aktiekapitalet eller lagstadgat minimikapital, kan t.ex. stiftarna vid bolagsbildningen fritt avgöra, hur stor del av det som därutöver tillförs skall utgöra bundet respektive fritt eget kapital. Vid tillskottsemissionen kan bolagsstämman, eller i förekommande fall styrelsen, fritt besluta, att hela eller delar av det som tillförs genom emissionen skall utgöra fritt eget kapital (se härom SOU 2001:1 s. 211 f.). Nyordningen är konstruktiv och ändamålsenlig. Ingenting i ABL (utan endast extralegala omständigheter) tvingar bolaget och dess ägare att öka aktiekapitalet utöver den lagstadgade miniminivån. Vill aktieägarna undvika att binda ytterligare kapital genom en aktiekapitalökning eller avsättning till överkursfond, kan tillskott ske utanför det i lagen reglerade systemet för kapitalökning, t.ex. genom aktieägartillskott. Härigenom tillskapas ett fritt eget kapital. Ett aktieägarnas tillskott kan också fördelas så att en viss del av tillskottet binds i form av aktiekapital eller annan form och en resterande del utgör fritt eget kapital. (Jfr SOU 2001:1 s. 211 f. Uttalandet i betänkandet, att det icke finns något sakligt skäl för att hela det belopp som betalas för aktierna vid bolagets bildande eller vid en tillskottsemission skall vara bundet eget kapital och att gällande ordning synes vara grundad mer på tradition än på sakliga överväganden, som inte är invändningsfria, tycks företrädesvis avse principen om avsättning till överkursfond, men borde

rimligen också omfatta all kapitalökning utöver lagstadgad miniminivå.)

I gällande aktiebolagslag finns således regler som avser att tillse att apportegendom icke övervärderas. Lagstadgade spärrar mot undervärdering saknas emellertid (se om tankar i den riktningen, Danielsson, Aktiekapitalet s. 189). *Lagförslaget* innebär ingen ändring på den punkten. En spärr mot undervärdering kan inte förenas med den frihet att fördela ett tillskott mellan bundet och fritt eget kapital som Lagförslaget ger. Bakom en tanke om att förhindra undervärdering av tillskott synes ligga en önskan om att i aktiekapitalform eller i vart fall formen av bundet kapital binda så stor del av tillskottet som möjligt. Samma önskan har möjligen styrt gällande regler om avsättning till överkursfond. För det fall det finns en skyldighet att avsätta överkurs till bundet kapital, skall detta också gälla allt tillskott av apportegendom utöver vad som motsvarar nominellt värde å aktier. (Såsom ovan framhållits, tyder emellertid lagens utformning på att detta inte varit lagstiftarens avsikt.)

Såsom berörts ovan, förutsätts inte i lagen att tillskottet åsätts ett *bestämt* ekonomiskt värde. Vad som skall fastställas är endast att tillskottet har ett värde som *minst* motsvarar det verkliga värdet. Härvid innebär Lagförslaget ingen ändring. Det säger sig självt att även en sådan slutsats om minsta värde ofta kan vara förenad med mycket komplicerade överväganden. Så kan t.ex. värdefixeringen av aktier i ett konsultbolag, av en rörelse eller av immateriella tillgångar rymma avsevärda svårigheter. En revisors yttrande i sådana frågor torde därför förses med påtagliga säkerhetsmarginaler och skall dessutom förenas med en anmärkning om svårigheterna. Värderingsmetoderna, som också skall redovisas i yttrandet, varierar, alltifrån gängse substansvärde- och avkastningsvärdemetod, eller en kombination härav, till mera okonventionella beräkningsgrunder. Allt som oftast torde externa, opartiska värderingsinstitut anlitas och en värdering grundas på minst två värderingsutlåtanden. I styrelsens och revisorns ansvar ligger emellertid att kritiskt granska sådana utlåtanden i vad avser värderingsmetod, beräkningsunderlag, beräkning och övrigt. Någon fördjupning i dessa frågor skall icke ske i förevarande sammanhang.

Värderingstidpunkt skall vara *transaktionsdagen*, dvs. dagen för bolagsbildnings- eller nyemissionsbeslutet. Det sagda innebär att värdering skall i förhållande till tiden för revisors yttrande ske med avseende på *framtida* värden. För undvikande av värderingsfel tvingas revisor på grund härav att antingen ha stora säkerhetsmarginaler eller avvakta med yttrandet intill nära inpå transaktionsdagen (eller både och).

Såsom ovan förutskickats, leder tillförandekvisitet till värderingssvårigheter när tillskottsobjektet är starkt personorienterat, t.ex. vid tillskott av rörelse, uppfinning, immateriella tillgångar i allmänhet, etc. De ofta förekommande personliga åtagandena som är intimt sammanlänkade med tillskottsobjektet i övrigt kan med en tillämpning av rekvisitet inte utan vidare anses vara tillförda i sakrättslig mening. Samtidigt är det ekonomiska värdet av tillskottsobjektet i övrigt i hög grad beroende av att åtagandena fullgörs. Värdet av en rörelse kan t.ex. vara avhängigt av nyckelpersonernas kontakter med leverantörer, kunder, etc. Härvid bortses från den ovan berörda, måhända avlägsna möjligheten, att i analogi med skuldebrevslagen 31 § 3 st., enligt vilket vid överlåtelse av rörelse – detsamma torde gälla vid säkerhetsöverlåtelse och pantsättning, se Walin, Lagen om skuldebrev m.m., 2 omarb uppl. s. 207 f. – det sakrättsliga skyddet för de överlåtna fordringarna icke förutsätter denuntiation, antaga att själva avtalet ger full verkan mot överlåtarens borgenärer, också beträffande andra avtalsfordringar. Analogitillämpningen synes emellertid föra väl långt, från de ursprungliga fordringarna till rättigheter enligt ömsesidiga avtal. Är det överhuvudtaget möjligt att vid värderingen av sådana personorienterade tillskottsobjekt bortse ifrån åtagandena? När en rörelse som bedrivs i s.k. enskild firma tillskjuts ett aktiebolag vid bildandet eller vid en tillskottsemission, skulle en uteslutning av innehavarens personliga åtagande, att fortsatt medverka i verksamheten, i många fall leda till att rörelsen i övrigt i princip saknade värde, i synnerhet som rörelsen ofta värderas efter den avkastning den förväntas ge. När rörelsen vid tillskottet redan bolagiserats, uppkommer inte denna svårighet, eftersom tillförandet avser aktier eller andelar i bolag. De berörda svårigheterna gäller icke endast personliga åtaganden från aktietecknaren själv, utan också från andra aktietecknare och överhuvudtaget av andra personer knutna till tillskottsobjektet, obe-

roende av om de är aktietecknare eller icke (Danielsson, Aktiekapitalet s. 144, förefaller i problemområdet icke innefatta andra än aktietecknare, vilket också det exempel som Danielsson ger på s. 143, fotnot 10, synes bekräfta).

Även om det vid värderingen undantagsvis kan förutses, att åtagandena ifråga kan upphandlas från annat håll, leder en *sträng tillämpning av tillföranderekvisitet* till, att inte ens ett sådant förhållande får beaktas vid värderingen. I den nuvarande utformningen förefaller emellertid tillföranderekvisitet icke ge utrymme för annan tolkning; den artificiella skillnaden mellan rörelse som sådan och bolagiserad rörelse skall därför antas komma att upprätthållas. Lagförslaget innebär ingen ändring härvidlag. *De lege ferenda* borde sådana tillskott likställas, och tillskott av rörelse således behandlas som om det vore bolagiserad rörelse.

3.6 Nyttorekvisitet

Det s.k. *nyttorekvisitet* återfinns i ABL 2:2, 2:9 och 4:6. Apportegendomen skall vara eller antas bli till nytta för bolagets verksamhet. I förarbetena till 1975 års lag förtydligas detta något enligt följande: "Det skall alltså vara fråga om egendom som bedöms vara användbar i bolagets rörelse och ha en objektivt sett påtaglig betydelse för bolagets verksamhet." En grundförutsättning är att egendomen kan redovisas som en tillgång i bolagets balansräkning. Föremålet för bolagets verksamhet, angiven till sin art, framgår av bolagsordningen. Frågan om apportegendomens nytta är sålunda relaterad till bolagsordningens bestämmelse om verksamhetsföremålet. I *Lagförslaget* intas samma ståndpunkt. Verksamhetsföremålet är visserligen en s.k. obligatorisk bestämmelse i bolagsordningen, men aktieägarna disponerar väsentligen över bestämmelsens innehåll. Verksamheten kan vara av vilket slag som helst, såväl ekonomisk som icke ekonomisk (ideell). Skall bolaget bedriva ekonomisk verksamhet måste verksamhetens art i huvudsak anges. Häri ligger ett krav på viss konkretisering, och PRV godtar enligt praxis icke alltför allmänt hållna formuleringar. I bolagsordningen skall därför upptas den eller de rörelsegrenar som verksamheten skall avse med viss precisering. (Normalt godtas inte allmänt hållna uttryck som "handel", eller

"tillverkning", om det icke anges närmare vad handeln eller tillverkningen omfattar. Se härom t.ex. Birke, Bolagsordning i aktiebolag, 6 omarb. uppl. s. 18 ff.)

Såtillvida föreligger en möjlighet för aktieägarna att anpassa verksamhetsföremålet efter den apportegendom som skall tillhandahållas. Bedriver ett bolag t.ex. inredningsverksamhet och möbelhandel, kan verksamhetsföremålet utökas till att omfatta handel med persiska mattor, om apportegendomen utgörs av ett antal sådana. Situationen är i princip densamma vid bolagsbildning som vid tillskottsemission. Eftersom en bolagsordningsändring förutsätter kvalificerad majoritet, kan en betydande minoritet av aktieägarna söka förhindra tillskottet genom att rösta emot en bolagsordningsändring. Ett visst minoritetsskydd upprätthålles därigenom mot utspädning. Är emellertid aktieägarna överens, kan bolagets faktiska verksamhet bedrivas långt utanför gränserna för verksamhetsföremålet. Föreligger återigen inte *consensus*, utgör verksamhetsföremålet en befogenhetsinskränkning för de förvaltande bolagsorganen.

Olika omständigheter ger emellertid upphov till en väsentlig gråzon, som ger bolagsorganen en betydande marginal att arbeta inom. Häribland kan nämnas, såsom framgått ovan, att konkretiseringsgraden i bolagsordningsbestämmelsen om verksamhetsföremålet ofta är låg. Moderna former för kapitalförvaltning och likvidhantering kan medföra investeringar som inte har omedelbar betydelse för verksamheten. Kravet på en elasticitet i tolkningen av verksamhetsföremålet kan också grundas på utvecklingstakten inom teknologi, m.m. (Se härom t.ex. Nial, Svensk associationsrätt, 5 uppl. s. 139.) Det uppenbarhetsrekvisit som aktualiserades i NJA 1987 s. 394 (s. 402) avsåg emellertid inte primärt verksamhets*föremålet* utan verksamhetens ändamål (syfte). Det är långt ifrån säkert att verksamhetsföremålet kan tolkas med stöd av ett sådant uppenbarhetsrekvisit, dvs. att endast sådan verksamhet som uppenbarligen faller utanför verksamhetsföremålet skall stå i strid med bestämmelsen härom. I perspektivet av ett minoritetsaktieägar- och borgenärsskydd förefaller det i här aktuellt hänseende emellertid omotiverat att göra skillnad i vad avser tolkningen av verksamhetens föremål

och dess ändamål. Såväl föremålet som ändamålet för ett bolags verksamhet skall således tolkas *extensivt*.

Nyttorekvisitet bör dock tolkas uteslutande i belysning av verksamhetsföremålet. Om ett tillskott strider mot bolagets ändamål (syfte), regleras ett sådant tillskott av underkursförbudet och värderingsbestämmelserna. Att dessa bestämmelser är tvingande till förmån för i första hand bolagets borgenärer kan icke gärna betvivlas. Nyttorekvisitet relativt bolagets verksamhetsföremål, såsom detta formulerats i bolagsordningen, kan emellertid endast ses som *tvingande* såtillvida, att apportegendomen vid en extensiv tolkning av verksamhetsföremålet, såsom detta formulerats i tillskottsögonblicket, skall vara eller antas bli till nytta för bolagets verksamhet. Om apportegendomen i denna mening icke är till nytta för bolaget, saknar en motsatt uppfattning av bolagets samtliga aktieägare betydelse.

4. Uppskjuten apport

4.1 Allmänt om bakgrund och ändamål

Bestämmelserna om uppskjuten apport återfinns i ABL 2:9 a–c, ävensom i ABL 17:3, jfr Lagförslaget 2:14–16. Motsvarande bestämmelser fanns i 1910 och 1944 års aktiebolagslagar. En underlåtenhet att anmäla en transaktion, som i lagen var kvalificerad som en uppskjuten apport, var tidigare t.o.m. straffsanktionerad. En uttrycklig ogiltighetssanktion saknades dock. Bestämmelsernas *raison d être* var och är att förhindra kringgåenden av de regelsystem som kringgärdar egentliga apporter. Genom regleringen erbjuds såväl bolagsborgenärerna, den aktieinvesterande allmänheten samt befintliga aktieägare skydd mot övervärderade eller för bolaget onyttiga apporter (jfr ABL 2:2, 1 st.). En uppskjuten apport (eller dold apportbildning) skall således på grund av sina faktiska verkningar jämställas med en ordinär apport.

Vid tillkomsten av 1975 års aktiebolagslag utmönstrades emellertid bestämmelserna om uppskjuten apport med hänvisning till att de visade sig vara ineffektiva. Vid implementeringen av EU:s andra bolagsdirek-

tiv (det s.k. kapitaldirektivet artikel. 11) infördes den 1 januari 1995 återigen bestämmelser om uppskjuten apport (se prop. 1993/94:196). De svenska bestämmelserna om uppskjuten apport vilar således på kapitaldirektivet artikel 11, som har följande lydelse:

> "1. Om ett bolag inom en tid som av den nationella lagstiftningen skall bestämmas till minst två år från det att bolaget bildades eller tilläts att börja sin verksamhet förvärvar tillgångar från en person eller ett bolag som avses i artikel 3 [stiftarna eller andra som undertecknat stiftelseurkunden] mot ett vederlag som motsvarar minst en tiondel av det tecknade kapitalet, skall förvärvet granskas och offentliggöras enligt artikel 10 samt underställas bolagsstämman för godkännande. Medlemsstaterna får föreskriva att dessa bestämmelser även skall tillämpas när tillgångarna tillhör en aktieägare eller någon annan.
>
> 2. Punkt 1 tillämpas inte i fråga om förvärv som sker inom ramen för bolagets löpande verksamhet, på begäran eller under kontroll av en förvaltningsmyndighet eller en domstol eller på en fondbörs."

De svenska bestämmelserna motsvarar i stort direktivregleringen. De fakultativa bestämmelserna i direktivet samt undantag för förvärv över börs eller på auktoriserad marknadsplats och förvärv som utgör led i bolagets löpande verksamhet har också sin motsvarighet i ABL 2:9 a. En del av tilläggen i den svenska regleringen får ses som en naturlig följd av direktivkraven och hänvisningen i art. 11 till art. 10, t.ex. bestämmelserna i ABL 2:9 a, 2 st. om styrelsens redogörelse, och 3 st. om auktoriserad revisors yttrande över redogörelsen och vad detta yttrande skall innehålla, samt 4 st. om redogörelsens och yttrandets tillgänglighet för aktieägarna. Även registreringskravet i ABL 2:9 c skall betraktas som en logisk konsekvens av offentlighetskravet i direktivet. I de svenska bestämmelserna görs dock *ingen skillnad mellan publika och privata bolag*, trots att direktivet endast avser publika bolag. En betydande avvikelse från direktivet (utan att för den skull vara en otillåten avvikelse) är sanktionsbestämmelsen ABL 2:9 b: Om bolagsstämman inte godkänner ett avtal som träffats av regleringen ifråga inom sex

månader från avtalsdagen är avtalet utan verkan helt eller delvis. Kapitaldirektivet tycks i vart fall icke påfordra, att regleringen skall sanktioneras av en ogiltighetsbestämmelse, under alla förhållanden inte en sexmånadersfrist.

I det följande skall diskuteras vissa enskildheter i de svenska bestämmelserna om uppskjuten apport samt några tillämpningssvårigheter.

4.2 Förvärvsavtal, förvärvsegendom och tvåårsfristen

Vad först gäller frågan om *vilka avtal* som omfattas av bestämmelserna kan antecknas, att tvåårsfristens beräkning med utgångspunkt i registreringsdagen naturligen inte innebär att avtal, som träffats *efter* bolagets bildande men *före* registreringen faller utanför regleringen. Registreringstidpunkten utgör uteslutande en utgångspunkt för beräkningen av tvåårsfristen, varigenom en *sluttidpunkt* kan fastställas. Alla avtal före bolagets registrering, och som sedermera i enlighet med ABL 2:13, 2 st., övertas av bolaget, träffas av regleringen i bestämmelserna om uppskjuten apport. Denna slutsats förekom redan i förarbetena till 1944 års lag (se t.ex. SOU 1941:9, Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m. s. 155: "Anmälningsplikt föreligger naturligen även beträffande avtal som blivit av styrelsen ingånget före bolagets registrering"), varvid skall iakttas, att även 1944 års reglering innehöll en beräkning av en tvåårsfrist med utgångspunkt i tidpunkten för bolagets registrering. Såtillvida torde bestämmelserna om uppskjuten apport icke innebära några tillämpningssvårigheter.

Uppmärksammas skall också ABL 17:3: Bestämmelserna i ABL 2:9 a–c skall tillämpas när ett aktiebolag från att ha varit privat blivit publikt enligt ABL 17 kap. Om således ett *privat aktiebolag omvandlas till ett publikt* sådant i enlighet med ABL 17 kap., skall bestämmelserna om uppskjuten apport tillämpas inom en tvåårsperiod beräknad från *registreringstidpunkten*. Vid bolagsomvandling saknas skäl att låta bestämmelserna omfatta motsvarigheter till uppskjutna apporter före registreringstidpunkten, men efter bolagsstämmobeslutet om omvandlingen (givetvis förutsatt att apporten inte i stället regleras av ABL 2:9 a–c).

4. Uppskjuten apport

Regleringen om uppskjuten apport avser *avtal* innebärande att bolaget *förvärvar egendom* mot en *ersättning* av viss storlek (varom mera nedan). Således omfattas sedvanliga förvärvsavtal, innefattande byte, men inte sådana transaktioner som är *rent benefika* för bolaget. Är transaktionen emellertid endast delvis av benefikt slag, dvs. bolaget förvärvar egendom till underpris, skall den ändå betecknas som en uppskjuten apport och underkastas regleringen. Principen får anses vara, att så snart bolaget skall prestera ett vederlag (ersättning) av något slag eller storlek, blir bestämmelserna tillämpliga. Klargöras bör samtidigt, att *endast bolagets förvärv* av egendom mot ersättning faller under bestämmelserna, och inte det motsatta fallet, dvs. där *annan än bolaget*, t.ex. stiftare, aktieägare, dotter- eller systerbolag, etc. förvärvar egendom av bolaget mot *kontant* ersättning; sker ett byte, dvs. är ersättningen icke kontant, blir bestämmelserna återigen tillämpliga. Det är inte uteslutet att en tillämpning kan ske av bestämmelserna också i sådana fall där två eller flera transaktioner sammantagna med sedvanlig avtalstolkning kan konstituera en uppskjuten apport. För det fall fråga blir om analogitillämpning i syfte att förhindra kringgåenden av regleringen, skall emellertid inskjutas, att analogierna får ske med försiktighet i beaktande av ogiltighetssanktionen. En *restriktiv tolkning* av bestämmelserna synes vara att förorda i denna belysning.

Vid prövningen av frågan, huruvida ett visst förvärvsavtal faller inom eller utom tvåårsgränsen får de *obligationsrättsliga principerna om avtalsbundenhet* antas vara utslagsgivande. Det förhållandet att t.ex. sakrättsliga kriterier icke uppfylls borde därmed sakna betydelse. Avtalstidpunkten kan sålunda inte förskjutas genom underlåtenhet att fylla de sakrättsliga förutsättningarna. Vad sedan skall gälla en bolagets rätt (option) att förvärva viss egendom kan diskuteras, men huvudprincipen bör vara, att i den mån bolaget lämnar vederlag för rätten, skall bestämmelserna tillämpas.

Avtalet skall vidare avse *förvärv av fast eller lös egendom*. Beträffande fast egendom föreskrivs i JB 20:6–7, att lagfart icke får beviljas förrän efter bolagsstämmans godkännande enligt ABL 2:9 a (jfr ABL 17:3). Det kan antecknas, att begreppet lös egendom allmänt sett definieras som all sådan egendom som icke utgör fast egendom (enligt

bestämmelserna i JB 2 kap.), innefattande således lösöre, rättigheter, andelar, fordringar, etc. Ovan har berörts, att om det bolaget erhåller uteslutande utgöras av kontanta medel, som visserligen är lös egendom, är bestämmelserna om uppskjuten apport icke tillämpliga. Motsvarande borde gälla vid betalning till bolaget genom *kvittning*.

Begreppet "ersättning" (dvs. bolagets ersättning för den förvärvade egendomen) får tolkas vitt. I kapitaldirektivet art. 11 förekommer i stället uttrycket "vederlag". Till ett vederlag får anses höra allt som bolaget presterar i form av bolagets tillgångar, ävensom fordringar vid kvittning, men också skuldökning på grund av förvärv på kredit. Vid krediter bör vederlaget innefatta en diskontering av räntan. Säkerligen skall också skatteeffekter beaktas, t.ex. i det fall förvärvet innehåller benefika moment för bolaget som ger skattekonsekvenser. Uteslutet är inte heller att beakta effekter av en rätts- eller avtalsstridig transaktion, t.ex. olovlig vinstutdelning emottagen av bolaget, om en sådan kan förväntas ge upphov till t.ex. en förutsebar återbärings- eller skadeståndsskyldighet. Återigen bör dock analogitillämpningen präglas av stor försiktighet.

4.3 Undantag

Till frågan om vilka avtal som omfattas i övrigt, innehåller bestämmelserna, såsom ovan påtalats, *undantag* för förvärv över svensk eller utländsk börs eller auktoriserad marknadsplats samt sådana förvärv som utgör led i *bolagets löpande affärsverksamhet*. I förarbetena (prop. 1993/94:196 s. 106) uttalas beträffande tillämpningen av undantagsbestämmelserna, att undantagen skall avse "*normala affärstransaktioner*". Löpande "affärsverksamhet" får säkerligen betraktas som ett vidare begrepp än området för den verkställande direktörens behörighet, dvs. *löpande "förvaltning"*. Å andra sidan kan knappast bolagets verksamhetsföremål enligt bolagsordningen verka bestämmande, i synnerhet inte om verksamhetsföremålet skall vidgas av ett uppenbarhetsrekvisit (se härom ovan 3.7). Vad som skall betecknas som normalt för ett aktiebolag i fråga om affärstransaktioner, och därmed löpande affärsverksamhet, kan betingas av skilda förhållanden, tidsperspektiv, etc. Måhända kan vissa, mera omfattande transaktioner inte betecknas som

normala under ett bolags två första levnadsår, men med en tillämpning av ABL 17:3 kan det inte uteslutas att även årligen återkommande mera ovanliga transaktioner är att se som "normala". Samtidigt som ogiltighetssanktionen synes förutsätta en restriktiv tillämpning av bestämmelserna, och sålunda en extensiv tillämpning av lokutionen "löpande affärsverksamhet", påfordras från bolagsföreträdarnas sida en försiktighet för undvikandet av ogiltighet.

Mot bakgrund av att *endast avtal med stiftare eller aktieägare* träffas av bestämmelserna, får undantaget om handel över börs eller auktoriserad marknadsplats sin naturliga förklaring. Det får väl anses tillhöra sällsyntheterna att en sådan handel avser avtal mellan bolaget, å ena sidan, och stiftare eller aktieägare, å den andra. Ett sådant resultat är visserligen inte uteslutet, men får allt som oftast anses bero på tillfälligheter. Vad som skall gälla om resultatet varit åsyftat är oklart. Mera sällan torde dock börshandeln ge utrymme för sådana iscensatta transaktioner. Bortsett från de mera uppenbara kringgåendefallen, vilka i och för sig är svåra att identifiera, men som skulle kunna bestå i situationen där en enskild börsmäklare ges i uppdrag att sammanföra bolaget med en bolagets aktieägare i en transaktion, är bestämmelserna inte tillämpliga vid börshandel, även om försäljaren av egendom råkar vara en stiftare eller en aktieägare.

Frågan, huruvida ett förvärv utgör ett led i bolagets *löpande affärsverksamhet*, måste således primärt bedömas mot bakgrund av bolagsordningen, men även bolagets faktiska affärsverksamhet, om en sådan har hunnit utvecklats. Utanför undantagsbestämmelsen faller naturligen mera ovanliga transaktioner i ljuset av verksamhetsföremålet och den faktiska, återkommande verksamheten. Till de mera ovanliga transaktionerna torde t.ex. höra förvärv av fast egendom, förutsatt att bolagets verksamhet icke består i förvaltning och förvärv av sådan egendom, förvärv av rörelse eller större del av tillgångar eller skulder i annan verksamhet, förvärv av större aktieposter, delar i eller hela bolag, eller över huvud förvärv av det som inom redovisningspraxis brukar betecknas som anläggningstillgångar (till skillnad från omsättningstillgångar, se härom SOU 1941:9 s. 155). Måhända hade bestämmelsen i dess utformning tjänat på att hänvisa till t.ex. definitionen av anläggningstillgångar

i årsredovisningslagen 5:1, 1 st., jämfört med definitionen av omsättningstillgångar i samma bestämmelse, samt därvid utgå ifrån redovisningspraxis. Svagheten härmed är möjligen att kopplingen till bolagets verksamhetsföremål inte är självklar. Å andra sidan förefaller det mera ändamålsenligt att såsom löpande affärsverksamhet beteckna förvärv av omsättningstillgångar.

Såsom berörts ovan, omfattar bestämmelserna endast förvärv av egendom. Säljaren skall emellertid vara antingen *stiftare* eller en bolagets *aktieägare*. *Utom tillämpningsområdet* faller därför förvärv från *närstående* till aktieägare eller stiftare, inbegripet även t.ex. aktieägares moder-, syster- och dotterbolag. Således gäller att om ett aktiebolag tillhör aktieägarkretsen, kan aktiebolaget inte stå som säljare av anläggningstillgången, men väl andra bolag i den koncern som aktiebolaget tillhör. En analogitolkning av bestämmelserna kan knappast komma ifråga mer än undantagsvis, särskilt i beaktande av ogiltighetssanktionen, men även av andra bestämmelser i aktiebolagslagen eller näraliggande lagstiftning som innehåller en definition av närståendekretsen (se t.ex. ABL 12:7, lagen 1987:464 om vissa riktade emissioner i aktiemarknadsbolag m.m., den s.k. Leo-lagen, insiderlagstiftningen, etc.). För det fall lagstiftaren hade ansett det påkallat att även innefatta närståendetransaktioner, borde det ankommit på lagstiftaren att utveckla en motsvarande definition av närstående som i aktiebolagsrätten och näraliggande lagstiftning i övrigt.

Såvitt gäller bolagets förvärv av tjänster, att tillhandahållas i en framtid, bör i princip även dessa omfattas av begreppet "egendom", oaktat de begränsningar som föreligger (se härom ovan och utgångspunkten i ABL 2:2) i att tillskjuta tjänster som apporttillgång, främst svårigheten att uppfylla tillförselrekvisitet vid tillämpningen av apportbestämmelserna (se härom bl.a. ABL 2:9). Här omtalade tjänster skall i själva verket betecknas som förvärv av rättigheter, enkannerligen avtalsrättigheter eller liknande. Revisors yttrande över styrelsens redogörelse enligt ABL 2:9 a, 2 st. (se om yttrandet i 3 st.) skall följdenligt ej heller uppta något konstaterande om att egendomen tillförts bolaget. Om den förvärvade egendom består av bolagets egna aktier, och förvärvet har skett inom ramen för begränsningarna i ABL 7 kap., synes förvärvet kunna

utgöra uppskjuten apport enligt ABL 2:9 a–c. Även om bolagets egna aktier icke skall upptas som tillgång med värde, varom mera nedan i avsnitt IV, får ett säkerligen svårberäknat marknadsvärde läggas till grund för nedan berörd prövning av förvärvsvärdet jämfört med tiondelen av aktiekapitalet.

4.4 Ersättning motsvarande minst en tiondel av aktiekapitalet

Rekvisitet, att egendomen skall förvärvas "mot en ersättning som motsvarar minst en tiondel av aktiekapitalet", torde inte föranleda några tolkningssvårigheter. Med aktiekapitalet förstås rimligen det registrerade aktiekapitalet. Såsom ersättning får betecknas allt som avtalats skall utgå som ersättning eller vederlag, inklusive tilläggsköpeskillingar m.m. Föreligger svårigheter att beräkna en tilläggsköpeskilling, fordrar försiktigheten redan vid ett antagande om att tilläggsköpeskillingen kan komma att bli så hög att den föreskrivna minimiersättningen överskrids, att bestämmelserna följs. Eljest riskerar hela transaktionen att träffas av en ogiltighetspåföljd. Några tolkningssvårigheter torde ej heller beredas av kravet på styrelsens redogörelse och revisors yttrande. Att sedan revisorns yttrande kan vara förenad med vissa värderingssvårigheter m.m. är inget specifikt problem för de här diskuterade bestämmelserna.

I undantagsfall kan beräkningen av vederlagets storlek, i syfte att fastställa att vederlaget minst motsvarar en tiondel av bolagets aktiekapital, bereda svårigheter, t.ex. vid förvärv av rörelse eller aktier, så ock immateriella tillgångar eller andra rättigheter. Utgångspunkten är att beräkningen skall ske av ett värde vid den tidpunkt då ett obligationsrättsligt bindande förvärvsavtal tecknats. Det får också anses stå klart, att det är det verkliga värdet (marknadsvärdet) av det bolaget presterar som skall läggas till grund för beräkningen. Om således bolaget i form av vederlag presterar andra tillgångar än kontanter, skall icke tillgångarnas bokförda värde, utan deras marknadsvärde, vara grundläggande.

4.5 Ogiltighetssanktionen, sexmånadersfristen och registreringskravet

De i praktiken största svårigheterna skapas av *ogiltighetssanktionen.* Det inträffar understundom att ett bolag underlåter att uppfylla kraven i de aktuella bestämmelserna av ren ouppmärksamhet. Så har t.ex. i praktiken hänt, att ett moderbolag till sitt relativt nybildade dotterbolag överlåter tillgångar i form av t.ex. aktier i ett annat dotterbolag, fast egendom eller annan anläggningstillgång, utan att iaktta de tillämpliga formaliteterna. Icke sällan har ouppmärksamheten varit så långvarig att ogiltighetssanktionen enligt ABL 2:9 b utlösts och förhållandet inte uppdagats förrän vid en årlig revision eller, än värre, vid en efterföljande s.k. due diligence utförd av extern part i samband med en överlåtelse av bolaget eller den ogiltigt förvärvade egendomen (t.ex. aktier i ett dotterbolag). I något fall har förhållandet uppdagats först efter överlåtelse av aktierna i bolaget. Det säger sig självt att rättsförlusterna i många fall kan vara betydande. Det har också inträffat, att skatterättslig ogiltighet drabbat koncernbidrag som lämnats inom en koncern i övertygelsen om att koncernförhållande förelåg efter förvärv av aktier. Eftersom villkoren i ABL 2:9 b emellertid inte uppfyllts, leder den därav följande civilrättsliga ogiltigheten till skatterättslig ogiltighet. Överhuvudtaget äventyras vid bristande uppfyllelse av villkoren i ABL 2:9 b alla sådana rättigheter som helt eller delvis grundas på en förutsättning om koncernförhållande, visst aktieinnehav, etc. häribland rätten enligt ABL 14:31 till tvångsinlösen.

Strängt taget träffar ogiltigheten endast förvärvsavtal som inte godkänts av bolagsstämman inom sex månader från avtalsdagen. ABL 2:9 b, första meningen, reglerar enligt ordalydelsen uteslutande ogiltighetsverkan av en bristande uppfyllelse av godkännandekravet. Godkännandet skall gälla "ett avtal som avses i " ABL 2:9 a. I bestämmelsens andra mening stadgas emellertid, att om ABL 2:9 a "inte iakttagits beträffande någon viss bestämmelse i avtalet, är den bestämmelsen utan verkan mot bolaget". Bestämmelsens första och andra led är inte helt kongruenta. Vad som skall gälla om ett avtal "som avses" i ABL 2:9 a visserligen godkänns av bolagsstämman inom sexmånadersfristen, men godkän-

nandet icke föregåtts av en styrelsens redogörelse eller revisors yttrande enligt ABL 2:9 a, 2 och 3 st., eller om avtalet tillsammans med styrelsens redogörelse och revisors yttrande inte hålls tillgängligt för aktieägarna på sätt som föreskrivs i ABL 2:9 a, sista st., framgår ej otvetydigt av ogiltighetsbestämmelsen i ABL 2:9 b.

Såvitt kan förstås, utgör godkännandekravet och dess uppfyllande inom sexmånadersfristen det centrala för borgenärsskyddet. Styrelsens redogörelse synes i första hand främja minoritetsskyddet. I aktiebolag med en eller få delägare, där full enighet råder ägarna emellan om en viss transaktion, synes därför en utebliven eller under hand given, muntlig redogörelse icke kunna påverka transaktionens giltighet. Grunderna för revisors yttrande, dvs. vad som regleras i ABL 2:9, 1 st., 4 p., nämligen kravet på att den förvärvade egendomen inte övervärderas och att den är till nytta för bolagets verksamhet, förefaller fylla en viktigare funktion än yttrandet som sådant. Om således förvärvet sker till marknadsvärdet eller därunder, bör måhända förvärvets giltighet inte vara avhängigt av huruvida yttrandet avgivits inom sexmånadersfristen eller inte.

Den andra meningen i ABL 2:9 b synes enligt vad som framgår av förarbetena (prop. 1993/94:196 s. 149) främst ta sikte på sidoöverenskommelser. I överensstämmelse med detta uttalande bör möjligen denna andra mening i stadgandet närmast tolkas så att, om inte varje enskild del av ett avtal godkänts, skall varje sådan icke godkänd del vara utan rättsverkan. Med denna tolkning skulle endast ett uteblivet godkännande beträffande någon del av, eller hela, avtalet kunna föranleda ogiltighet; däremot skulle icke uteblivet underlag i form av styrelsens redogörelse och revisors yttrande behöva leda till ogiltighet. Därmed kan situationen liknas vid den som föreligger vid vinstutdelning, bolagsstämmans beslut härom utan fullständiga eller korrekta årsredovisningshandlingar, revisionsberättelse, etc. (se nedan VIII). På samma sätt som vid vinstutdelning kan frågan belysas enligt följande. Vad gäller om revisors yttrande inte bara är helt summariskt och rapsodiskt, utan också i grunden felaktigt, t.ex. vad gäller värdet och värderingen? Är ett efterföljande, inom sexmånadersfristen givet godkännande ogiltigt av detta skäl? Så tycks inte kunna bli fallet. Sanktionerna mot styrelsens

och revisorns tillkortakommande finns närmast att söka i ABL 15 kap. och inte i avtalets ogiltighet enligt ABL 2:9 b. Om ett fullständigt inkorrekt yttrande inte skall leda till ogiltighet, bör inte heller ett uteblivet yttrande leda därtill. Full säkerhet kan dock inte etableras i frågan. Rättsläget präglas av viss osäkerhet. Frågan synes ha sin största betydelse i de fallen, som skall diskuteras i det förevarande avsnittets sista del, nämligen där ett bolagsstämmans godkännande skall anses ha kommit till stånd genom att enighet härom uppnåtts mellan aktieägarna (främst i en- och fåmansbolag).

Ogiltighetsbestämmelsen i ABL 2:9 b innebär också att ett godkännande av bolagsstämman efter sexmånadersfristen inte hindrar eller motverkar ogiltigheten på grund av principer om ratihabition, konvalescens, etc., ej heller kan eventuella preskriptionsregler läka ogiltigheten.

Till skillnad från motsvarande bestämmelse i 1944 års aktiebolagslag stadgas i ABL 2:9 a och 9 b, att *bolagsstämman skall godkänna* förvärvsavtal som definieras som uppskjuten apport. Utrymme för ett bolagsstämmans *bemyndigande* till bolagets styrelse saknas i bestämmelserna. Fråga är således om en åtgärd inom ramen för bolagsstämmans *exklusiva* kompetens.

Bolagsstämmans godkännande skall dessutom åtföljas av en *registrering*. Registreringen är dock inte en förutsättning för avtalets giltighet, se prop. 1993/94:196 s. 150. Däremot kan en underlåtenhet att registrera bolagsstämmans beslut leda till att styrelsen blir skadeståndsskyldig enligt ABL 15:1.

Ett beslut av ett bolags styrelse, verkställande direktör, stiftare eller annat bolagsorgan i en fråga som tillhör bolagsstämmans exklusiva kompetensområde är utan verkan; detsamma gäller ett verkställande av ett sådant beslut. (Ett beslut av bolagsstämman att godkänna avtalet kan emellertid verkställas före registreringen av beslutet.) Allmänt sett får sådana beslut av bolagsorgan som faller inom bolagsstämmans kompetensområde, men som fattas av annan än bolagsstämman, ses som nulliteter. Ogiltigheten av besluten är följaktligen icke avhängig av att besluten blir angripna, utan skall oberoende därav vara utan civilrättslig

verkan (varav följer konsekvenser för redovisningen och den skatterättsliga bedömningen).

ABL 2:9 a–c är emellertid inte utformade i enlighet med det sedvanliga mönstret för kompetensfördelningen mellan bolagsorganen. I bestämmelserna förutsätts nämligen att styrelsen har en grundläggande behörighet att besluta om att ingå de ifrågavarande avtalen, ävensom verkställa beslutet, men att bolagsstämman har en exklusiv kompetens när det gäller det efterföljande godkännandet av avtalet inom den föreskrivna sexmånadersfristen. Det är denna *godkännandekompetens* som icke kan överföras på annat bolagsorgan i enlighet med den allmänna tolkningsregeln för kompetensreglerna i ABL, att delegation av kompetens från bolagsstämman till styrelsen endast är möjlig där så uttryckligen stadgas. Frågan blir då om avsaknaden av ett godkännande under sådana förhållanden kan resultera i att avtalet skall betecknas som en nullitet. Ett sådant synsätt skulle innebära att ett avtal som *ab initio* är giltigt, sedermera *på grund av underlåtenheten att uppfylla godkännandekravet* omvandlas till en ren nullitet (och icke blott angripligt). Lagförarbetena lämnar inget besked om hur ogiltigheten skall kvalificeras. Uttalanden i den aktiebolagsrättsliga doktrinen saknas. Med hänsyn till de allvarliga konsekvenser som en nullitetsverkan skulle kunna få i det praktiska rättslivet, förefaller – i vart fall *de lege ferenda* – en angriplighetsverkan vara att förorda. Bestämmelserna har emellertid till ändamål att skydda bolagets borgenärer. En såsom av angriplighet kvalificerad ogiltighet försvagar tvivelsutan borgenärsskyddet. Det torde mera sällan förekomma, att parterna till avtalet av föreskrivna, formella skäl vill angripa avtalet annat än om avtalets faktiska utfall visar sig vara ekonomiskt oförmånligt. Det ligger således nära till hands att tolka ogiltighetsbestämmelsen så att nullitetsverkan är avsedd.

Övervägande skäl talar således för att ett avtal enligt ABL 2:9 a, som inte godkänts av bolagsstämman enligt ABL 2:9 b inom den föreskrivna sexmånadersfristen, är en nullitet och därmed "obotligt" ogiltigt när sexmånadersfristen löpt ut utan stämmans godkännande. En sådan slutsats grundas på bestämmelsens utformning och ändamål, nämligen att utgöra ett borgenärsskydd. Lagstiftaren kan icke ha avsett att avtalsparterna skall disponera över ogiltighetsfrågan. Borgenärsskyddet består

emellertid inte primärt i kravet på bolagsstämmans godkännande, utan övriga bestämmelser som avser att tillförsäkra, att tillskottsplikten fullgörs i den uppskjutna apporten, samt ABL:s sanktionsmekanismer. Kravet på bolagsstämmans godkännande är endast en formalitet bland många, men avser att ge garantier för att *övriga* formaliteter iakttas. Styrelsens redogörelse och revisors yttrande ges genom godkännandekravet en formell struktur och sanktion.

Såsom berörts ovan, saknar *godkännandekravet* motsvarighet i 1944 års aktiebolagslag, men är betingat av EU:s kapitaldirektiv artikel 11. Det är inte uteslutet att en full implementering av artikel 11 (jämfört med artikel 10) förutsätter, att uteblivet godkännande medför ogiltighet. Detsamma får anses gälla registreringskravet. En nyskapelse utan egentlig grund i kapitaldirektivet är emellertid *sexmånadersfristen*. När sexmånadersfristen – räknat från avtalsdagen – löpt ut, är avtalet "obotligt ogiltigt". Det är i själva verket detta rekvisit som givit upphov till ovannämnda, rättslivets praktiska svårigheter. Lagstiftarens tanke är givetvis att en uppskjuten apport skall från borgenärssynpunkt värderas och godkännas så snart som möjligt efter apporten. Tidsrekvisitet tvingar fram ett någorlunda snabbt förfarande. (Det förefaller ytterst ovanligt i aktiebolagsrätten att i de fall en åtgärd förutsätter bolagsstämmans godkännande, ett sådant måste inhämtas inom en föreskriven tidsfrist vid äventyr eljest att åtgärden är utan verkan.)

De lege ferenda finns efter min mening skäl att avskaffa sexmånadersfristen. Borgenärsskyddet finns, som nämnts, redan i det formella krav som ställs och i godkännandekravet i kombination med ABL:s sanktionsbestämmelser om skadestånd m.m. Den tilläggsvinst som tidsrekvisitet ger bolagets borgenärer synes inte på långt när balansera regelns ovan omtalade skadeverkningar, vilka också ytterst drabbar bolagsborgenärerna. Ett godkännandekrav utan tidsfrist uppfyller inte bara EU:s direktivkrav utan är också ägnat att i tillräcklig grad tillgodose borgenärsintressena. Med bibehållande av ogiltighetssanktionen ligger det naturligt i varje bolags och medkontrahents intresse att snarast möjligt uppfylla de formella kraven för uppskjuten apport. När detta av olika skäl ändå försummas, är inte ogiltigheten obotlig utan kan undvikas genom ett bolagsstämmogodkännande på grundval av föreskriven

dokumentation. I den nuvarande formen är tidsfristsregeln till större skada än nytta. *Lagförslaget* innebär emellertid ingen ändring av nuvarande bestämmelser.

Ett särskilt problem är vad som enligt ABL 2:9 b krävs för bolagsstämmans godkännande. I praktiken kan i enmans- och fåmansbolag ett *bolagsstämmans godkännande* vara *formlöst*. Detsamma kan, såsom ovan berörts, gälla styrelsens redogörelse till aktieägarna. Ett uteblivet, eller senare ingivet revisors yttrande bör icke leda till ogiltighet. Såsom skall framgå nedan i avsnitt VIII. 3, skall begreppet "bolagsstämma" ges en relativt vid tolkning. Ett bolagsstämmoprotokoll som upprättas kan i anledning därav mycket väl avse ett "bolagsstämmobeslut" som fattats långt tidigare därigenom, att *aktieägarna varit eniga* om en viss transaktion eller ett förfarande. Med en sådan vid tolkning av begreppet "bolagsstämma" i aktiebolag med få delägare kan godkännandet föreligga redan vid *det första tillfället för aktieägarnas enighet.*

5. Underkursförbudet

Underkursförbudet kommer i gällande rätt främst till uttryck därigenom, att i ABL 2:2 stadgas, att vid *bolagsbildningen* betalningen för en aktie inte får understiga aktiens nominella belopp. För apportegendom föreskrivs, att sådan inte får åsättas högre värde än det verkliga värdet för bolaget. (Jfr ABL 2:9, 2 st., 4 p.) Vid *tillskottsemission* är principerna desamma, dock att i ABL 4:1, 4 st., stadgas ett undantag för marknadsnoterade bolag: Förutsättningen är att skillnadsbeloppet tillförs aktiekapitalet genom överföring från bolagets eget kapital i övrigt eller genom uppskrivning av anläggningstillgångar. För det fall skillnadsbeloppet täcks på det föreskrivna sättet, saknas en lägsta gräns för emissionskursen. Realiter är en sådan nyemission med underkursdifferens närmast att jämställa med en fondemission, vid vilken emissionskursen är noll. Det saknar betydelse om överföringen av bolagets egna kapital sker från fria eller bundna medel. För ändamålet kan olika bundna fonder komma ifråga, häribland uppskrivnings-, överkurs- och reservfonder. ABL 12:4 stadgar för nedsättning av reserv- eller överkursfond just

möjligheten att öka aktiekapitalet genom ny- eller fondemission (2 p. i stadgandet). Det förefaller inte heller vara uteslutet, att betalning för de nyemitterade aktierna sker genom tillskott av apportegendom, självfallet inom ramen för apporttillskottsbestämmelserna. En sådan överföring eller uppskrivning skall ske innan beslutet om nyemission registreras. Aktier får således med sagda begränsning tecknas mot betalning av lägre belopp än det nominella under förutsättning att skillnaden mellan vad som skall betalas för de nya aktierna och deras sammanlagda nominella belopp tillförs aktiekapitalet genom överföringen.

Vid emission av konvertibla skuldebrev gäller motsvarande regler (ABL 5:1) som vid nyemissioner av aktier; underkursförbudet är emellertid härvid undantagslöst, se ABL 5:1, 3 st.

Underkursförbudet är *tvingande* till skydd för bolagsborgenärerna och övriga i tredjemansställning, häribland innehavare av teckningsoptioner, konvertibler, etc. Det avser emellertid också att skydda aktieägare mot övervärdering av apportegendom. Det *ratio* som grundar underkursförbudet är givet. Bolagsborgenärerna (och den aktieinvesterande allmänheten) skall kunna förlita sig på att de tillgångar som svarar mot aktiekapitalet vid bolagsbildning eller vid tillskottsemission har ett värde motsvarande minst aktiekapitalet eller ökningsbeloppet. De värderingsfrågor som ansluter till tillämpningen av underkursförbudet vid tillskott av apportegendom har berörts ovan.

I *Lagförslaget* föreslås underkursförbudet få en något annorlunda utformning. Införandet av kvotaktiesystemet medför ett avskaffande av aktiernas nominella belopp. Underkursförbudet kan därför icke gälla relativt ett sådant nominalvärde. Kvotaktiesystemet hindrar inte att borgenärsskyddet upprätthålls, genom att det registrerade aktiekapitalet vid bolagsbildningen eller tillskottsemission motsvarar vad som i form av kontanter eller apportegendom vid bolagsbildningen eller tillskottsemissionen tillförts bolaget. Underkursförbudet kan således tillämpas så, att antingen hela aktiekapitalet jämförs med vad som tillförts bolaget, eller att varje aktietecknares kvotdel av aktiekapitalet jämförs med vad aktietecknaren ifråga tillskjutit. Det nya i systemet är att den nominella beloppet ersatts av ett kvotbelopp, varvid varje enskild aktietecknares tillskott skall vid en tillämpning av underkursförbudet jämföras med

detta kvotbelopp. *Underkursförbudet* gäller följaktligen – i stället för i förhållande till nominalvärde – *i relation till ett kvotvärde*. Såsom har framgått ovan, avskaffas i Lagförslaget emellertid tvånget att avsätta *överkurs*differensen till överkursfonden (se ABL 2:12 a och 4:13 a, jfr 12:4). Innebörden härav är stiftarna vid bolagsbildning, och eljest bolagsstämman eller styrelsen, fritt får avgöra om överkursen skall utgöra fritt eller bundet kapital. Överkurs kommer inte att kunna uppkomma, varför överkursfonden följdenligt föreslås avskaffas.

Såsom omtalats ovan, kan underkursförbudet formuleras på olika sätt. Antas att ett bolag har givit ut 10.000 aktier och att aktiekapitalet är SEK 1 miljon, förutsätts enligt underkursförbudet att bolaget tillförts kontanter eller apportegendom vid bolagsbildningen eller vid en senare kapitalökning motsvarande SEK 1 miljon. Härigenom uppfylls det grundläggande borgenärsskyddet. För det fall aktiekapitalet icke motsvaras av tillförda tillgångar, kan det vara av betydelse att fastställa ett kvotvärde, dvs. aktiekapitalet fördelat på det totala antalet aktier, vilket i förevarande exempel skulle bli SEK 100. Poängen härmed skulle vara, att utreda huruvida t.ex. apportegendom blivit övervärderad, och sedan dra konsekvenser av detta. Med kvotaktiesystemet måste emellertid varje tillskottstillfälle beaktas självständigt. Vid bolagsbildningen kan t.ex. ha tillskjutits SEK 1 miljon mot 10.000 aktier, men vid en senare tillskottsemission ytterligare SEK 1 miljon mot 20.000 aktier, varför *kvotvärdet* – och teckningskursen – vid bolagsbildningen blir SEK 100 men vid tillskottsemissionen SEK 50 (och SEK 66,66 därefter). Kvotaktiesystemet medger en sådan hantering. Den övergripande principen blir därför den ovan formulerade, nämligen att det *registrerade aktiekapitalet* skall motsvaras av tillförda tillgångar, men underkursförbudets tillämpning i varje enskilt fall och för varje enskild aktietecknare grundas på kvotvärdet. I en *fondemission* är däremot ett underkursförbud icke aktuellt, eftersom en teckningskurs inte existerar och det antal aktier – inga alls eller ett större antal – som emitteras inte ändrar (i vart fall inte försämrar) borgenärernas ställning. Avgörande för borgenärerna är att ökningen av aktiekapitalet motsvaras av en minskning av andra delar (fritt eller bundet) av bolagets egna kapital.

Av det sagda framgår, att underkursförbudet blir tillämpligt också efter Lagförslagets genomförande. Den kurs som tillskottet skall jämföras med är dock inte aktiernas nominella värde, utan deras kvotvärde eller teckningskurs. Kvotvärdet eller teckningskursen är emellertid knutet endast till aktieteckningen vid ett enskilt tillfälle, och behöver nödvändigtvis inte läggas till grund för därefter följande nyemissioner; Lagförslaget innebär därför inget hinder mot nyemission till en kurs som understiger kvotvärdet *på de redan utgivna aktierna.*

Att förutnämnda, övergripande princip vidmakthålls avser Lagförslaget 2:12 och 12:23–24 att trygga. Vid registrering av ett bolag efter bildning skall PRV pröva bl.a. att det sammanlagda beloppet som tillförts aktiekapitalet motsvarar det i bolagsordningen angivna aktiekapitalet eller uppgår till minimikapitalet och att full och godtagbar betalning erlagts för samtliga aktier. Vid tillskottsemission gäller i stället, att PRV har att kontrollera att det sammanlagda belopp som betalats för tecknade och tilldelade aktier, efter avdrag för aktier som förklarats förverkade och inte övertagits av någon annan, uppgår till det belopp eller lägsta beloppet varmed bolagets egna kapital enligt emissionsbeslutet skall ökas. Genom registreringen fastställs ökningen av aktiekapitalet till det sammanlagda belopp som betalats för tecknade och tilldelade nya aktier efter avdrag för aktier som förklarats förverkade och icke övertagits av någon annan. Genom denna, föreslagna reglering förefaller också förutsättningarna i EU:s andra bolagsdirektiv, artikel 8, uppfyllas.

Underkursförbudets motsvarighet vid emission av *konvertibler* m.m. i ABL 5:1, 3 st., att vederlaget för konvertibelt skuldebrev ej får understiga det nominella beloppet *på aktier som utlämnas i utbyte*, om ej mellanskillnaden täcks genom kontant betalning vid utbytet, har i Lagförslaget ersatts av en bestämmelse av följande innebörd: Teckningskursen vid utgivning av konvertibler m.m. får inte vara lägre än konvertibelns nominella belopp, såvida inte konverteringskursen bestäms så att bolaget vid konvertering kommer att ha tillförts vederlag till ett värde som minst motsvarar den sammanlagda andel av aktiekapitalet som representeras av de aktier som lämnas som utbyte (se Lagförslaget 12:7). Konverteringskursen förutses således relaterad till ett av de befintliga aktiernas *kvotvärde* i stället för ett nominellt värde eller marknadsvärde.

Härvid skall PRV göra en motsvarande kontrollprövning som vid registrering i övrigt av tillskottsemissioner.

6. Kvittningsförbudet

Vid *bolagsbildning* föreligger ett absolut kvittningsförbud enligt ABL 2:10, 1 st. Kvittning av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget får icke ske, vare sig före eller efter registreringen av bolaget. I samband med tillskottsemission förses kvittningsförbudet enligt 4:11 med undantag: Kvittning av skuld på grund av aktieteckning mot fordran hos bolaget får ske, om bestämmelser härom upptagits i beslutet om nyemission. För bolag vars bundna egna kapital före emissionen uppgår till minst SEK 1 miljon får också styrelsen medge kvittning. Ett medgivande får emellertid ej lämnas, om det skulle vara till skada för bolaget eller dess borgenärer.

Kvittningsförbudet infördes i svensk aktiebolagslag genom 1910 års aktiebolagslag (29 § 3 st.). Förbudet har därefter återgivits i stort sett i oförändrad form i ABL. *Ratio legis* för kvittningsförbudet har emellertid varit oklart. I allmänhet har i lagförarbetena framhållits, att den restriktiva inställningen till kvittning sammanhänger med att bolagsborgenärer som tecknat aktier inte skall gynnas framför andra fordringsägare, om bolaget blir insolvent. En tillskottsfordran i händelse av bolagets insolvens skall således komma alla bolagets borgenärer till godo, och ingen aktietecknare skall på grund av aktieteckningen vara bättre ställd än bolagsborgenärerna i övrigt.

Såsom bl.a. Danielsson (Aktiekapitalet s. 165 ff.) visat , kan det nyss sagda emellertid icke anses vara ett tillräckligt skäl för ett absolut kvittningsförbud vid bolagsbildning, t.ex. i det fall teckningsskulden kvittas mot en fordran, vars uppkomst inneburit verklig nytta för bolaget. Efter införandet av 1975 års aktiebolagslag förefaller kvittningsförbudets egentliga tyngdpunkt ligga i kravet på att aktiebolaget vid registreringen faktiskt erhållit tillgångar motsvarande den i lagen eller i bolagsordningen stipulerade miniminivån i enlighet med vad som föreskrivs i ABL 2:9, 2 st. 1–3 p. Sedan bolaget väl registrerats, borde det icke före-

ligga några hinder för kvittning av den *resterande* teckningsskulden mot en för bolaget nyttobaserad fordran. Alternativet till kvittning vore ju eljest att bolaget förklarade de obetalda aktierna för förverkade och gjorde gällande sin fordran mot aktietecknaren.

Under alla förhållanden är det icke lätt att inse varför kvittningsförbudet givits en tillämpning efter bolagsregistreringen och oberoende av omständigheterna vid kvittningen. Om motivet till kvittningsförbudet är insolvensrelaterat, borde förbudet erhålla en utformning som ger uttryck härför, dvs. att förbudet skall gälla vid bolagets insolvens.

Kvittningsförbudets effektivitet kan också ifrågasättas. Före registreringen av bolaget fullgör aktietecknaren sin tillskottsplikt, för att efter bolagets registrering påfordra att bolaget reglerar sin skuld till aktietecknaren. Enligt ABL 2:13 kan visserligen ett bolag icke förvärva rättigheter eller skyldigheter före registreringen. När bolaget väl registrerats, kan emellertid ansvaret för förpliktelser som uppkommit före registreringen övertas av bolaget under vissa villkor (se ABL 2:13, 1 st.). Med en sådan tillämpning av kvittningsförbudet ges endast en viss garanti för att bolagets tillgångssida vid registreringen minst motsvarar det stipulerade minimikapitalet, alltmedan skulderna i övrigt icke vinner beaktande. En del av bolagets skulder, som sedermera upptas i balansräkningen, kan ha grundats i bolagets kostnader i samband med bildningen, vilka kostnader ej kan aktiveras. Bolagets ställning vid registreringen kan således vara sådan, att dess egna kapital klart understiger det registrerade aktiekapitalet.

I *Lagförslaget* återfinns icke något *uttryckligt* kvittningsförbud knutet till registreringen av bolagsbildningen. Vid tillskottsemission föreskrivs i Lagförslaget 12:20 i princip på samma sätt som för närvarande att kvittning får ske mot fordran hos bolaget, om en bestämmelse om detta finns i emissionsbeslutet. Härutöver får kvittning ske i ett *publikt* aktiebolag, om styrelsen finner det lämpligt och kvittning kan ske utan skada för bolaget eller dess borgenärer. Ändringen i det andra undantaget innebär, att detta enligt Lagförslaget omfattar publika aktiebolag i stället för bolag med ett visst bundet kapital. En ytterligare ändring är att kvittningsförbudet inte gjorts tillämpligt på konvertibler och teckningsoptioner. Den som tecknar sig för konvertibler och teckningsoptio-

ner skall således icke längre enligt Lagförslaget jämställas med en aktietecknare, utan är att beteckna som varje annan bolagsborgenär. Med hänsyn till svårigheterna att över huvud motivera kvittningsförbudet, särskilt i samband med en tillskottsemission, där kvittningsförbudet ändå icke gjorts undantagslöst, förfaller det helt naturligt att kvittningsförbudet avskaffas i vad avser konvertibler och teckningsoptioner.

Det förhållandet att förbudet mot kvittning i samband med bolagsbildning icke kommit till uttryck i Lagförslaget i en lagregel skulle i förstone kunna tolkas så att avsikten varit att avskaffa kvittningsförbudet. Någon närmare förklaring till utelämnandet av kvittningsförbudet har emellertid icke givits i lagförarbetena. Frågan, hur frånvaron av ett *explicit* kvittningsförbud och motivering härför skall tolkas, är långtifrån klarlagd, i synnerhet som ett kvittningsförbud, om än försett med undantag, stipulerats vid tillskottsemission. Sannolikt ger sig i Lagförslaget den inställningen till känna, att en kombination av olika bestämmelser som skall iakttagas vid bolagsbildningen gör *kvittningsförbudet överflödigt*. De bestämmelser som avses är främst Lagförslagets 2:10 om betalning av aktierna, 2:11 om öppningsbalansräkningen och 2:12 om registreringen. Den sammantagna effekten av bestämmelserna skulle kunna vara, att kvittning i praktiken utesluts. Bestämmelserna förefaller emellertid inte fullt ut ersätta ett *absolut* kvittningsförbud. I Lagförslagets 2:10 regleras t.ex. endast det fall där kontantbetalning eller betalning genom tillförsel av annan egendom skall ske, och vad i övrigt skall gälla vid sådan betalning. Bestämmelsen i sig hindrar inte en kvittning av teckningsskuld mot fordran hos bolaget. Vid granskningen av öppningsbalansräkningen enligt Lagförslagets 2:11 skall revisor särskilt pröva att kontantinbetalning faktiskt skett, att apportegendom i förekommande fall tillförts, att apportegendomen inte åsatts ett högre värde än det verkliga värdet för bolaget (dvs. tillämpning av underkursförbudet) och att bolagets förpliktelser redovisats och värderats enligt god redovisningssed. Ej heller denna bestämmelse förhindrar kvittning.

En nyhet i Lagförslaget är visserligen att revisor är ålagd att uppmärksamma bestämmelser i stiftelseurkunden som ålägger bolaget förpliktelser att fullgöras efter bildandet samt pröva huruvida dessa redo-

visats och värderats enligt god redovisningssed. Avsikten med revisorns granskning i sin helhet skulle kunna vara att bedöma, om bolagets aktiekapital enligt den stipulerade miniminivån korresponderar med bolagets egna kapital. Enligt Lagförslaget 2:11 synes granskningen av öppningsbalansräkningen emellertid icke ha detta ändamål. Revisorn skall, såsom bestämmelsen är utformad, ej heller uttala sig särskilt om det egna kapitalets förhållande till minimikapitalet. Om detta har varit en grundläggande tanke i lagstiftningsarbetet (vilket är full möjligt, se SOU 1997:22 s. 311), har det i vart fall inte kommit till uttryck i lagtexten.

Till yttermera visso skall enligt Lagförslaget 2:12 PRV:s kontroll före registreringen icke omfatta det *egna kapitalets* förhållande till minimikapitalet enligt lag eller bolagsordning, utan endast förhållandet, huruvida det sammanlagda beloppet som *tillförts* aktiekapitalet motsvarar det i bolagsordningen angivna aktiekapitalet eller uppgår till minimikapitalet, samt om full och godtagbar betalning erlagts för samtliga aktier. Kontrollen synes inte omfatta övriga skuldposter som är ägnade att reducera bolagets egna kapital.

För att bestämmelserna ifråga helt skall kunna motivera ett avskaffande av kvittningsförbudet, samtidigt som de skall upprätthålla ändamålet med förbudet, bör sålunda revisorns granskning och prövning, samt PRV:s kontroll, framför allt innefatta frågan om bolagets egna kapital minst motsvarar det avsedda minimikapitalet till grund för registreringen. Med en sådan utformning skulle bestämmelserna visserligen icke förhindra en kvittning, men väl tillgodose det till synes enda genuina ändamålet med kvittningsförbudet, nämligen att till skydd för bolagsborgenärerna (och aktieinvesterarna) tillse, att bolaget vid registreringen har ett eget kapital som minst motsvarar det aktiekapital som registreras. Är förhållandet det sist angivna, saknar det betydelse om kvittning sker före eller efter registreringen.

Vad som skall gälla när bolaget är insolvent, förblir dock oklart. Vid tillskottsemission är kvittningsförbudet i ett sådant fall inte tvingande, eftersom aktieägarna kan förfoga över frågan i emissionsbeslutet. Vid bolagsbildningen saknar möjligen frågan praktisk betydelse, åtminstone *före* bolagets registrering. Genom kravet i Lagförslaget 2:12, 3 st., 2 p.,

på att full och godtagbar betalning skall ha erlagts för samtliga aktier, synes en till grund för kvittning liggande aktieteckningsskuld icke kunna föreligga *efter* bolagets registrering.

7. Aktieteckningens ömsesidigt bindande verkan

Tillskottsplikten följer av att aktieteckningen i princip är bindande för aktietecknaren, men teckningen är givetvis också bindande för bolaget. Aktieteckningen är en formbunden handling. Dess bindande verkan förutsätter således att vissa formkrav uppfyllts (se nedan avsnitt 9). Till grund för aktieteckningen skall *vid* bolagsbildningen läggas en stiftelseurkund, som vid *bolagsbildningen* är en obligatorisk stiftelsehandling. Denna skall innehålla samtliga de element som föreskrivs i ABL 2:3–4, bl.a. förslag till bolagsordning, belopp och tid för aktiebetalning, uppgifter och villkor om apport, m.m. Aktietecknaren måste åtminstone ges möjlighet att ta del av stiftelseurkunden och dess obligatoriska innehåll. Detsamma gäller handlingar till vilka stiftelseurkunden hänvisar, främst sådana avtal om apport och villkor som omnämns i ABL 2:3, 4 st. Frågan, huruvida aktietecknaren *faktiskt* tagit del av samtliga nu omnämnda handlingar, saknar däremot aktiebolagsrättslig betydelse.

Aktieteckningen skall sedan enligt ABL 2:5 ske på själva stiftelseurkunden eller på särskild teckningslista som innehåller avskrift av urkunden. I regel torde aktieteckningen ske på stiftelseurkunden. Aktieteckningen är inte bindande för aktietecknaren, om den skett på annat sätt än vad som föreskrivits i ABL 2:5, förutsatt att aktietecknaren *anmäler felet* hos PRV före bolagets registrering. Bolaget är emellertid – får det förmodas – bundet av aktieteckningen, om aktietecknarna väljer att inte anmäla felet. Om aktieteckningen sker med villkor som inte korresponderar med villkoren i stiftelseurkunden, är själva aktieteckningen ogiltig. Grunderna för ogiltigheten måste emellertid anmälas till PRV – av aktietecknaren själv eller av bolaget – före bolagets registrering. Om så icke sker, blir aktieteckningen bindande *utan* villkor (se ABL 2:5, 2 st.). Till frågan om ogiltigheten av en aktieteckning enligt ABL 2:5, men även på andra grunder, återkommer framställningen nedan.

Mot ståndpunkten, att *bolaget* vid bildandet är bundet av aktieteckningen, kan givetvis anföras, att något bolag icke existerar före registreringen. (Se om tidigare diskussion i doktrinen t.ex. Karlgren, SvJT 1938 s. 190 i fotnot.) Strängt taget skulle någon form av bundenhet endast kunna uppkomma för bolagsstiftarna och styrelsen före registreringen. Bildas eller registreras ej bolaget, saknar det betydelse för aktietecknaren att bolaget ej tillhandahåller aktier. De remedier som står till buds är i stället krav på återbetalning av eventuellt inbetalt belopp, skadestånd, m.m. Härtill kommer att enligt ABL 2:6 stiftarna avgör om aktieteckning skall godtagas och hur många aktier som skall tilldelas aktietecknaren. Stiftarna är emellertid bundna av att tilldela sig själv så många aktier som de tecknat sig för. Regeln är dispositiv i den meningen att om samtliga aktietecknare medger det, kan avvikelse från bestämmelsen ske. Vid överteckning måste emellertid stiftarna besluta om tilldelningen – vilken får förutsättas ske i proportion till aktieteckningen med undantag av den nyssnämnda regeln om tilldelning till stiftarna – och har stiftarna att utan dröjsmål underrätta aktietecknarna om att tilldelning ej skett (över huvud eller i viss utsträckning, ABL 2:6, 2 st.).

Lagförslaget innebär en dramatisk förenkling av bolagsbildningen. Enligt Lagförslaget 2:1 skall varje stiftare teckna sig för aktier. Stiftaren eller stiftarna skall dessutom teckna sig för samtliga aktier och betala för de tecknade aktierna. Bolaget anses bildat den dag stiftelseurkunden undertecknas av samtliga stiftare, förutsatt att PRV bifaller ansökan härom. Avsikten är att stiftelseurkunden, som skall innehålla i princip samma uppgifter som enligt gällande rätt, skall upprättas i *slutlig form* först när samtliga tecknade aktier *betalats.*

Enligt *Lagförslaget* skall aktieteckningen vid bolagsbildningen *inte vara bindande* för aktietecknaren (stiftaren) förrän *full betalning* skett för aktierna och samtliga stiftare undertecknat stiftelseurkunden i dess slutgiltiga form. Om aktieteckningen skett med villkor som inte överensstämmer med stiftelseurkunden, kan aktietecknare inte åberopa villkoret. Simultanbildningen har därmed utvecklats till att omfatta inte bara bolagsbildningen som sådan, utan också betalningen för tecknade aktier och bundenheten vid aktieteckningen. När stiftelseurkunden i

preliminär form anpassats till ändrade förhållanden – t.ex. att vissa stiftare har avböjt fortsatt medverkan, ej betalat för tecknade aktier, ställt nya villkor, ej kunnat tillföra apportegendom med fullgott värde, etc. – och erhållit en slutlig form, samt undertecknats, är bolaget bildat och aktietecknarna bundna av aktieteckningarna och betalningen.

Principerna för bundenheten vid aktieteckningen är enligt gällande rätt väsentligen desamma vid *tillskottsemission* som vid bolagsbildningen. Teckning av nya aktier skall enligt ABL 4:8 ske på teckningslista (jfr ABL 5:12 som endast avser *nyteckning* av aktier och *ej konvertering*). Denna skall innehålla beslutet om nyemission med villkoren enligt ABL 4:5–6. Till teckningslistan skall fogas avskrift av bolagsordningen samt av övriga erforderliga handlingar enligt ABL 4:4 och 6, bl.a. styrelsens redogörelse och revisors yttrande. Alternativt kan sådana handlingar hållas tillgängliga för aktietecknare på plats som anges i teckningslistan. Som ett alternativ till teckning av aktier på teckningslista föreskrivs för *avstämningsbolag* enligt ABL 4:8, 2 st., att *teckning i stället kan ske genom betalning*, varvid emissionsbeslutet och övriga handlingar skall hållas tillgängliga hos VPC. Teckningen genom betalning kan avse hela eller delar av emissionen. För aktiebolag som *icke* är avstämningsbolag kan teckning – som ett alternativ till teckningslista – ske i *bolagsstämmoprotokoll* vid den bolagsstämma på vilken emissionsbeslutet fattas. Förutsättningen för en sådan simultanteckning är att de ovan nämnda, erforderliga handlingarna hålls tillgängliga, att samtliga som är berättigade till teckning givits möjlighet härtill och att aktieteckningen omfattar *samtliga* aktier. På samma sätt som vid bolagsbildning, är aktieteckningen icke bindande om formkraven härför icke uppfylls, förutsatt att aktietecknaren *anmäler formfelet* hos PRV före registreringen av emissionen. Har aktieteckningen skett med villkor som icke överensstämmer med emissionsbeslutet och emissionsvillkoren, är aktieteckningen ogiltig. Grunderna för ogiltighet måste emellertid anmälas till PRV före registreringen av emissionen; eljest är aktieteckningen bindande utan villkoren ifråga. Anmälan om ogiltigheten kan ske av såväl bolaget som aktietecknaren.

Motsvarighet till formkrav för aktieteckning saknas för teckning av skuldebrev enligt ABL 5 kap. och 7:26, 2 st. Däremot skall vid överlå-

telse av bolagets egna aktier enligt ABL 7:21 bestämmelserna i ABL 4:8, 1–3 st., tillämpas (märk att hänvisningen inte omfattar det fjärde stycket i ABL 4:8, som i sin tur hänvisar till ABL 2:5).

Under förutsättning således att formkraven i ABL 4:8, 1 st., uppfylls, är aktieteckningen vid tillskottsemission bindande. Den exakta *innebörden av formkravet* är något oklar: Att teckningen skall ske på visst sätt, enligt vad som ovan redovisats, är visserligen ställt utom allt tvivel; det oklara består emellertid i vilken omfattning formkravets tillgodoseende förutsätter att aktietecknaren informerats i den utsträckning som föreskrivs i ABL 4:8 (jfr ABL 2:3 och 5 samt ABL 5:12). Ovan har uttalats den meningen tentativt, att informationsskyldigheten grundas på tillgänglighet och inte att tecknaren faktiskt bibringas viss föreskriven kunskap. Har den föreskrivna informationen inte hållits tillgänglig på det i ABL 4:8 (jfr ABL 2:3 och 5 samt ABL 5:12) reglerade sättet är aktieteckningen ogiltig i den meningen att den inte kan göras gällande av bolaget (jfr 1944 års lag 18 § och 58 §). Formfelet måste dock för att kunna göras gällande anmälas *före bolagsregistreringen*, aktiekapitalökningen, etc. oavsett om felet är av det först- eller sistnämnda slaget (se ABL 4:8, sista st., jfr med 2:5, se även 1944 års lag 20 och 58 §§). Efter registreringen av emissionen är aktieteckningen bindande oavsett formfel, om felet sålunda inte före registreringen anmälts till PRV. På samma sätt som vid bolagsbildningen förutsätts inte att aktietecknaren *faktiskt* tagit del av emissionshandlingarna utan endast att de hålls tillgängliga på det föreskrivna, alternativa sätten.

När aktieteckningen har avslutats, skall styrelsen enligt ABL 4:9 besluta om tilldelning av nya aktier till aktietecknarna. Härvid har styrelsen att beakta att nyemissionsbeslutet kan innehålla en beräkningsgrund, som anger hur aktierna skall fördelas vid *överteckning*, om en sådan fördelning över huvud aktualiseras med hänsyn till aktieägares företrädesrätt. I emissionsbeslutet kan emellertid också bestämmas, att styrelsen skall besluta om fördelningen. Vid en sådan fördelning skall givetvis styrelsen beakta aktieägarnas företrädesrätt, om denna aktualiseras, och i övrigt fördela aktierna i proportion till aktieteckningen. Att en sådan fördelning skall ske, framgår inte av ABL direkt, men får antas följa av principen om bolagets bundenhet vid aktieteckningen.

En nyhet i Lagförslaget av relevans i detta sammanhang är att vid *överteckning* tilldelning av aktier endast kan ske enligt den fördelningsgrund som framgår av emissionsbeslutet (se Lagförslaget 12:4, 1 st., 5 p.). Bolagsstämman kan således icke i emissionsbeslutet bemyndiga styrelsen att pröva hur fördelningen skall ske. En följd av kvotaktiesystemet är också att beslutande organ inom ramen för bolagets egna kapital kan i beslutet fastställa hur tillskottsbeloppet skall fördelas mellan fritt och bundet kapital.

8. Aktieteckning under beslutad nivå – underteckning

Vissa tillämpningssvårigheter erbjuder ABL 4:10. Anger emissionsbeslutet ett bestämt belopp eller minimibelopp för kapitalökningen, och detta belopp icke har tecknats inom den i emissionsvillkoren angivna teckningstiden, förfaller hela beslutet om nyemission. Samtidigt förfaller ett eventuellt sammanhörande beslut om bolagsordningsändring avseende aktiekapitalökningen. Såsom framgår av ABL 4:5, 1 st. 1 p., är det ej obligatoriskt att i emissionsbeslutet ange ett bestämt belopp eller minimibelopp; det är tillräckligt att ange ett *högsta* belopp för nyemissionen. Förhållandena kan emellertid vara sådana, att bolagets ägare icke har något reellt val, utan tvingas att ange ett bestämt belopp eller minimibelopp, t.ex. på grund av att medverkan från olika investorers sida förutsätter detta.

Sanktionen vid underteckning, att emissionen helt förfaller, är självfallet allvarlig för bolaget. Den har emellertid ansetts nödvändig på *avtalsrättsliga* grunder: Aktieteckningen sker på de villkor som angivits i emissionsbeslutet. Bundenheten är avhängig av att villkoren uppfylls. Följaktligen skall aktietecknare icke vara bundna av aktieteckningen, om villkoren om ökningsbeloppet inom teckningstiden icke uppfylls. Detsamma bör i princip gälla, om ett förutsatt *ökningsändamål* inte kan materialiseras t.ex. på grund av ändrade förhållanden.

Samtidigt förefaller bestämmelsen något rigid. Enligt förarbetena (SOU 1971:15 s. 180) torde det ej finnas möjlighet att ändra beloppet eller tiden för teckningen efter det att aktieteckningen påbörjats; en

sådan ändring måste ske av behörigt bolagsorgan och teckningsproceduren därefter påbörjas på nytt. Har således bolagsstämman beslutat om emissionen, skall i princip bolagsstämman fatta ett nytt beslut med de ändrade villkoren, varefter teckningsproceduren kan omstartas. För aktiebolag med ett stort antal delägare kan en sådan ändring vara kritiskt tidskrävande, innefattande kallelseförfarande, nya förberedelser, m.m. Bolagsstämman kan i situationen ej heller bemyndiga styrelsen att genomföra ändringarna, och ett sådant bemyndigande skulle inte innebära någon tidsvinst, eftersom det förutsätter att bolagsstämman sammankallas.

Däremot är det inte uteslutet, att bolagsstämman i sitt ursprungliga beslut om emission kan bemyndiga styrelsen att vid behov besluta om ändringar i vad avser belopp och tid. Med hänsyn till att bolagsstämman kan *delegera* rätten att besluta om emissioner till styrelsen i allmänhet, förefaller det vara möjligt att också delegera vissa moment av denna beslutsrätt. Ordalydelsen i ABL 4:15 synes ej hindra ett sådant förfarande; det är inte förutsatt i bestämmelsen att delegationen skall avse samtliga delar i ett emissionsbeslut. Varje sådant delegationsbeslut måste emellertid anmälas för registrering, och före registrering kan styrelsen ej fatta beslut om emissionen (se ABL 4:15, 3 st.).

Elasticiteten i bestämmelsen skulle kunna utökas genom att aktietecknarna vid underteckning på avtalsrättslig grund gavs möjlighet att acceptera, att emissionen fullföljdes trots underteckningen. Förfarandet skulle givetvis förutsätta att samtliga aktietecknare gav sin accept härtill. Det är emellertid oklart huruvida ABL 4:10 ger utrymme för en sådan tolkning. Sannolikt har lagstiftaren inte avsett detta, eftersom registreringsbestämmelsen i ABL 4:12 medför, att emissionen inte kan registreras vid underteckning. Något undantag vid aktietecknarnas samtycke ges inte i registreringsbestämmelsen. Underteckningsbestämmelsen innebär en anomali i den meningen att samtidigt som bestämmelsen är dispositiv (i vart fall inte tvingande till förmån för bolagsborgenärerna) disponerar inte de medverkande parterna (dvs. bolaget och aktietecknarna) över bestämmelsen på grund av att en undertecknad emission inte kan registreras.

Lagförslaget utgör icke någon principiell ändring av underteckningsbestämmelsen. Enligt Lagförslaget 12:18 skall beslutet om emissionen upphöra att gälla, om ett bestämt belopp eller minimibelopp inte tecknas inom teckningstiden. Detsamma skall vara fallet, om det före en emission av teckningsoptioner bestämts ett visst antal eller visst minsta antal optioner och detta antal inte tecknas inom teckningstiden. Enligt Lagförslaget 12:23 kan en undertecknad emission inte registreras.

9. Avtalsrättslig verkan av aktieteckning och utfästelser härom

9.1 Bakgrund

Ett i det praktiska rättslivet mindre uppmärksammat (men inte nödvändigtvis mindre viktigt) rättsproblem är formkravet vid aktieteckning. Vid bildandet av ett aktiebolag skall, som berörts ovan, enligt ABL 2:5, 1 st., (jfr ABL 2:7, 2 st.) teckning av aktier ske på stiftelseurkunden eller på teckningslista som innehåller avskrift av stiftelseurkunden. Aktieteckningen kan ske successivt före den konstituerande bolagsstämman eller simultant vid sådan stämma. Vid nyemission av aktier skall enligt ABL 4:8, 1 st., teckning av nya aktier ske på teckningslista, som innehåller beslutet om nyemission. Teckningen kan också ske i bolagsstämmoprotokollet, om alla aktierna av de därtill berättigade tecknas vid den stämma, på vilket beslutet om nyemission fattas (ABL 4:8, 3 st.). Det sist sagda gäller dock inte avstämningsbolag. Vid *nyteckning* enligt bestämmelserna i ABL 5:12 gäller motsvarande bestämmelser. För *konvertering* saknas formkrav. En överlåtelse av egna aktier enligt ABL 7:21 är däremot också formbunden.

Aktieteckningen är tvivelsutan en bindande rättshandling. Den som tecknar sig för aktier är således skyldig att betala det tecknade beloppet. Denna skyldighet korresponderar med en rätt att utfå de aktier som tecknats (under vissa, ytterligare villkor som saknar betydelse i förevarande sammanhang). Om sedan aktieteckningen skall kvalificeras som ett

avtal eller en avtalsliknande rättshandling, torde sakna såväl praktisk som rättslig betydelse.

Aktieteckningen (dock icke teckningen vid *emission* enligt ABL 5 kap.) är vidare en formbunden rättshandling. Den skall ske – självfallet skriftligen – i stiftelseurkund (vid bolagsbildning) eller på teckningslista, som skall vara utformad på visst sätt, eller (vid nyemission) i bolagsstämmoprotokoll. I avstämningsbolag kan teckningen ersättas av ett betalningsmoment. Har vid bolagsbildning eller nyemission aktieteckning gjorts på annat sätt än det som föreskrivits, kan teckningen ej göras gällande, om aktietecknaren anmäler felet hos PRV före registreringen av bolaget eller nyemissionsbeslutet. Vidare gäller att om aktieteckning skett med villkor, som inte överensstämmer med stiftelseurkunden (vid bolagsbildning) eller dem som upptagits i emissionsbeslutet (vid nyemission), är aktieteckningen ogiltig. För att aktietecknaren skall kunna göra gällande ogiltigheten, förutsätts dock att han hos PRV anmäler denna före registreringen av bolaget eller nyemissionsbeslutet; eljest är aktietecknaren bunden av aktieteckningen utan att kunna åberopa det avvikande villkoret. Slutligen gäller att en aktietecknare ej efter bolagets registrering som grund för aktieteckningens ogiltighet kan åberopa, att villkor i stiftelseurkunden icke uppfyllts (se ABL 2:5, sista st.).

I nu given mening är således aktieteckningen ett slags formalavtal. En aktieteckning som skett på annat sätt än det som föreskrivits i ABL är inte bindande, i vart fall om formfelet av aktietecknaren anmäls hos PRV före registreringen av bolaget eller nyemissionsbeslutet. Bolaget kan ej före registreringstidpunkten göra gällande en sådan felaktig aktieteckning.

Det särskilda rättsproblem som förtjänar att uppmärksammas i detta sammanhang är frågan om ett *löfte* eller *utfästelse* om att *teckna sig för aktier* i samband med bolagsbildning eller nyemission med hänsyn till aktieteckningens formbundenhet är rättsligt bindande. Frågan har säkerligen mindre praktiskt betydelse för bildandet av aktiebolag och aktieteckningen härvid. Såsom konstaterats av Aktiebolagskommittén (se SOU 1997:22 s. 202 f.), är successivbildningen en utdöende form för bildandet av aktiebolag. Så gott som samtliga aktiebolag som årligen bildas i Sverige (ca 20.000) kommer till genom simultanbildning. En

mycket stor andel av dessa aktiebolag bildas dessutom av aktiebolag med bolag på lager (lagerbolag). Aktiebolagsbildningen i sig konstituerar knappast ett beaktansvärt rättsproblem. Aktiebolagskommittén har emellertid tagit konsekvenserna av den praktiska utvecklingen och i *Lagförslaget* valt att utmönstra bestämmelserna om successiv bildning i lagen. Tonvikten har i stället lagts på en ny form av simultanbildning.

Av större betydelse är det ovan formulerade rättsproblemet vid *nyemission* av aktier. Det torde vara vanligt förekommande att en nyemission föregås av olika former av föravtal, utfästelser, etc. i syfte att skapa garantier för att nyemissionen blir framgångsrik. För marknadsnoterade aktiebolag i synnerhet kan sådana förberedande åtgärder vara av stort värde, särskilt som en misslyckad nyemission kan få allvarliga konsekvenser. Förfarandet med riktade nyemissioner skulle oftare förfelas, om förhandsavtal eller teckningsutfästelser icke vore rättsligt bindande. Företagssammanslagningar (i vid mening) sker icke sällan i praktiken genom riktade apportemissioner, genom vilka ett aktiebolag som betalning för de emitterade aktierna erhåller aktier i ett blivande dotterbolag. Det är inte ovanligt att inhemska och gränsöverskridande sammanslagningar mellan två aktiebolag tillgår så, att ägarna till bolagen i ett särskilt avtal *förbinder sig* att "apportera in" aktierna däri till ett nybildat bolag i samband med en nyemission av aktier i det nybildade bolaget. Den s.k. riskkapitalmarknadens delaktighet i nyemissioner, särskilt riktade sådana, är omvittnad och i hög grad betydelsefull för utvecklingen av vissa branscher. Även i detta sammanhang förekommer ovan antydda, förberedande rättshandlingar i stor omfattning.

Föreställningen, att en utfästelse att teckna sig för aktier, särskilt i samband med nyemission, icke skulle vara rättsligt bindande, har måhända inte omfattats av någon större krets praktiserande jurister. Föreställningen är emellertid inte helt ogrundad, och har senast på ett mycket förtjänstfullt sätt uppmärksammats i en artikel av advokaten Henrik Karlström i JT 2002-03 s. 57 ff. Den aktiebolagsrättsliga doktrinen och rättskällorna i övrigt ger nämligen ytterst vaga och motstridiga besked i frågan. Den gemensamma nämnaren för de ställningstaganden som kommer till uttryck i doktrin och förarbeten synes dock vara Karlgrens under tidigt 1930-tal gjorda antaganden om det "förhärskande"

motivet för formkravet, och betydelsen därav för näraliggande rättsförhållanden. I det följande skall därför inledningsvis denna ursprungskälla granskas närmare.

9.2 Grunden till formkravet

Avtal kan, som bekant, enligt huvudregeln ingås med bindande verkan formlöst. I de undantagsfall där lagstiftaren stipulerat formkrav för avtals giltighet har motiveringen härför varierat. Stundom anges som motiv för formkravet, att avtalet skall hanteras av offentlig myndighet i ett eller annat avseende, t.ex. för registrering, beviljandet av lagfart, skatteprövning, redovisning, etc. Det är därför av vikt att avtal *dokumenteras*. I vissa fall sägs kravet på skriftlig form vara av intresse för preciseringen av avtalsvillkoren, skapa ordning och reda i rättsförhållanden, för att därigenom förebygga uppkomsten av tvister (jfr SOU 1981:74 s. 299 beträffande bakgrunden till formkravet vid överlåtelse av bostadsrätt). Såsom ett sekundärt motiv för formkravet har vidare framskymtat önskemålet att tillgodose kontrollbehovet vid beskattningen (jfr prop. 1981/82: 169 s. 61 f.). För vissa avtalstyper, främst överlåtelse av fast egendom, har bl.a. påtalats vikten av att sådana avtal ingås efter noggrant och moget övervägande. Ofta kombineras olika *ratio legis* – så också för fastighetsköpet – utan att det riktigt framgår vilket som har betecknats som avgörande eller dominerande, men som ett övergripande motiv har allt som oftast gällt, att skapa ordning och reda i rättsförhållanden till grund för myndighets granskning till skydd inte endast för avtalsparterna själva utan också för tredje man, samt att motverka förhastade avtal (se t.ex. Vahlén, Fastighetsköp, Stockholm 1968 s. 48 f.).

Grunden till formkravet vid aktieteckning är – såsom vanligt är i dessa sammanhang – oklar. Formkravet förefaller ha tillkommit vid införandet av 1895 års aktiebolagslag och därefter utvecklats något genom 1910 års lag (från att från början endast ha avsett successiv bildning till att även omfatta simultanbildning). Införandet av 1895 års lag innebar en väsentlig utvidgning av publicitets- och kontrollkraven för aktiebolag i jämförelse med vad som hade gällt enligt förordningen av

1848. Genom stadgandena om utvidgad publicitet sattes allmänheten bättre i tillfälle att granska såväl omständigheterna vid aktiebolagens tillkomst som bolagens fortsatta verksamhet; häri antogs den verksammaste kontrollen vara att söka. (Se Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m.m. av 1890 s. 106 f.) *Publiciteten* och *kontrollen* förutsatte utökad formbundenhet, framförallt vid bolagsbildningen men även vid senare, centrala händelser, t.ex. ändring av bolagsordning, m.m. Samtidigt uppställdes ett materiellt krav på registrering för vinnandet av status som juridisk person. Registreringen blev en viktig utgångspunkt för publiciteten och kontrollen; först genom den prövning som skulle föregå registreringen kunde överblickas, om bolaget bildats och organiserats i enlighet med lagens föreskrifter. Ett väsentligt moment i denna prövning var att undersöka, att bolaget bildats i föreskriven ordning. Prövningen var en avgörande förutsättning för att medge bildandet av sådana rättssubjekt som innebar "väsentliga förmåner" för delägarna och fritog dem från det personliga ansvaret för bolagets förbindelser.

I detta system kan följaktligen urskiljas den idag fortfarande gällande starka kopplingen mellan skyldigheten att infria lagens relativt stränga formkrav och den därav följande rättigheten att genom aktiebolagets bildande befrias från personligt ansvar. Med andra ord skulle den aktieköpande allmänheten och borgenärerna ges skydd bl.a. genom att formbestämmelserna i lagen efterlevdes.

Samtidigt uttalades i 1890 års förslag (s. 107 f.), att den största faran för allmänhetens inledande i "osunda affärsföretag" mötte vid bolagsbildningen. Härvid hänvisades till "bittra erfarenheter i detta hänseende" i utlandet. I detta syfte infördes ett krav på att aktietecknarna skulle ges information om bolagets verksamhet, teckningsvillkor, villkor om apport, m.m. Denna aktietecknande allmänhet skulle emellertid "framför allt" skyddas genom det införda omröstningsförfarandet vid den konstituerande stämman (se 1890 års förslag s. 108.) Vad nu sagts upprepades i 1890 års betänkande i författningskommentarerna till de förslagna lagbestämmelserna (se betänkandet s. 112 ff.). Särskilt betonades vikten av att envar försattes i tillfälle att undersöka omständigheterna vid bolagsbildningen och sedan pröva, huruvida det var med hans

intresse förenligt att delta i bolagsbildningen. Aktietecknarens "hufvudsakliga värn mot möjliga försök att genom bedrägliga eller eljest vilseledande uppgifter ockra på allmänhetens godtrogenhet" (*op. cit.* s. 114) utgjordes emellertid av 14 § om konstituerande sammanträde, till vilket skall läggas följande uttalande till förklaring av betydelsen härav: "Då det emellertid mången gång skulle kunna vara olägligt för aktietecknare att genast fatta ett afgörande beslut, vare sig derföre att endast ett mindre antal aktietecknare iakttagit inställelse, eller emedan tillräcklig utredning om de med bolagets bildande förknippade omständigheter ej föreligger, har det funnits nödigt medgifva flertalet af de närvarande rätt att fordra uppskof med besluts fattande". I 14 § sista st. stadgades också att stiftare som betingat sig villkor att betala aktier med apportegendom *ej skulle få deltaga i omröstningen* om bolagets bildande vid konstituerande stämma. Beträffande ökningen av aktiekapitalet stadgades i 1895 års lag 18 §, 3 st., att beslut härom ej fick verkställas innan det blivit registrerat. Även här framträder således publicitets- och kontrollbehovet. Till grund härför uttalades i 1890 års betänkande (s. 115), att registreringen var av största vikt för såväl bolaget som tredje man, enär ett aktiebolags kredit i ej oväsentlig mån var beroende av storleken på bolagets aktiekapital, och av att tillförlitliga uppgifter om aktiekapitalet och dess ökning genom registreringen kom till allmänhetens kännedom. Det nära sambandet mellan registreringsföreskrifterna, å ena sidan, samt skyddet av bolagsborgenärerna och den aktietecknande (köpande) allmänheten, å den andra, kom även här till uttryck i följande uttalande: Skulle det vid registreringen visa sig att bolagets aktiekapital ej uppgår till föreskrivet minimibelopp, "saknas den lagliga grunden för bolagets tillvaro", varför bolaget "naturligen skall anses såsom upplöst". Även i övrigt – och genomgående – framträdde behovet av borgenärsskydd som ett centralt tema i lagstiftningsarbetet vid tillkomsten av 1895 års aktiebolagslag.

Såvitt gäller det specifika formkravet för aktieteckning stadgades i 1895 års lag 12 §, att aktieteckning av annan än stiftare "vare ogiltig", där den ej gjordes på två exemplar av teckningsinbjudan. I motiven till denna bestämmelse (se 1890 års betänkande s. 113) uppgavs helt kort, att teckningslistorna skulle bifogas bolagets registreringsansökan, så att

registreringsmyndigheten gavs tillfälle att pröva aktieteckningen, med följande tillägg: "Då det emellertid är af vigt att teckningslistorna finnas att tillgå såväl hos bolaget som hos registreringsmyndigheten, har i 12 § föreslagits, att aktieteckning af annan än stiftare skall, för att vara giltig, göras å två exemplar af inbjudningen". I övrigt lämnades stadgandet okommenterat i betänkandet

Införandet av 1910 års lag innebar en viss ytterligare utveckling av ovan redovisade formföreskrifter med framhävande återigen av publicitets- och kontrollbehovet till skydd för borgenärer och den aktietecknande (köpande) allmänheten. En bestämmelse om aktieteckningens formbundenhet återfanns i 11 §. I 23 § stadgades skyldighet att till ansökan om bolagets registrering foga bl.a. teckningslista i huvudskrift och styrkt avskrift. I författningskommentaren angavs lakoniskt, att formkravet var "en följd af föregående bestämmelser" om publicitetskraven i samband med bolagsbildningen. Betydelsen av den konstituerande bolagsstämman manifesterades eftertryckligt i 12–15 §§ (se härom 1908 års förslag till aktiebolagslag s. 3 ff., 16 ff. och 28 ff. ävensom Skarstedt, Allmänna aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910, Stockholm 1930 s. 15 ff. och 26 ff.).

Genomgången ovan torde visa, att *motiven för formkravet vid aktieteckning var blandade*: Formbundenheten var avsedd att förenkla (och förstärka) publicitets- och kontrollförfarandet. Den var också ägnad att skydda tredje man, dvs. bolagsborgenärerna och den aktietecknande allmänheten. Förarbetena till 1895 års och 1910 års aktiebolagslagar ger knappast skäl att antaga, att bland dessa mångskiftande motiv kan utskiljas ett särskilt dominerande.

Det är mot den ovan tecknade bakgrunden därför ägnat att överraska, att Karlgren (Om stiftelseurkund och aktieteckning s. 54 ff.) i samma förarbeten funnit ett "förhärskande" motiv (*op. cit.* s. 57). Enligt Karlgrens mening (s. 56) kan det nämligen "knappast råda något tvivel om att orsaken till [formbundenheten] i första hand är den, att lagstiftaren velat förebygga, att personer förhastat ansluta sig till ett planerat bolagsföretag, utan att ha närmare insikt om företagets beskaffenhet". Utmönstras ordet "förhastat" ur den citerade motivbeskrivningen, kan utan vidare accepteras, att uttalandet innefattar ett av flera, sammansatta

motiv för formbundenheten. Det är emellertid just detta ordval som utgör tyngdpunkten i Karlgrens motividentifiering och argumentation, som senare (*op. cit.* s 60 och 62) återkommer i följande formuleringar: "Lagstiftaren har velat skapa en viss garanti för att icke tecknare utan moget övervägande ansluta sig till bolaget", eller att tecknaren icke "obetänksamt inlåter sig på" ett sådant aktietecknande. Bortsett från denna tyngdpunktsförskjutning i motivformuleringen, är dock den allvarligaste invändningen mot Karlgrens argumentation, att det av Karlgren identifierade motivet skulle vara det *förhärskande*. En sådan slutsats förefaller mot bakgrund av vad som anförs i förarbetena skönsmässig.

Med detta av Karlgren godtyckligt utvalda, "förhärskande" motiv för sedan Karlgren ett föga övertygande resonemang om konsekvenserna av kravet på formbundenhet bl.a. för utfästelser att teckna aktier, förvärv av aktier som avses att tecknas, garantier för viss teckningsnivå, etc. Valet av det "förhärskande" motivet blir utslagsgivande för dessa konsekvenser (varom mera nedan). Fråga är således om en slags ändamålstolkning av formbestämmelsen, där urvalet av ändamål kan ifrågasättas och ändamålet till yttermera visso ändras till sitt innehåll. Noga taget synes argumentationen bottna i en intressejurisprudens som inte helt lösgjorts från den förkättrade begreppsjurisprudensen. Men innan resonemanget prövas i det följande skall rimligheten av Karlgrens identifiering av det "förhärskande" motivet granskas.

Såsom redan nämnts, saknas i de relevanta förarbetena till 1895 års och 1910 års aktiebolagslagar uttalanden (eller ens antydningar) om vikten av att förhindra "förhastade", "obetänksamma" eller "omogna" rättshandlingar. Indirekt skulle visserligen ett sådant motiv kunna följa av det i de nämnda lagarna utvecklade informationskravet vid bolagsbildningen, men att av detta föranledas till att göra motivet till "förhärskande" synes väl långsökt, särskilt i beaktande av alla övriga, väsentliga motiv som framhålls i förarbetena. Än viktigare är emellertid att antagandet om ett sådant "förhärskande" motiv står i dålig samklang med de *övriga*, vid bolagsbildningen tillämpliga bestämmelserna och principerna. Så t.ex. kan knappast antagandet förenas med föreskriften i 1910 års lag 13 §, om aktietecknings ogiltighet, t.ex. på grund av formfel, om

ogiltigheten inte anmälts hos registreringsmyndigheten före bolagets registrering. (Karlgens försök till sådan förening, *op. cit.* s. 66, övertygar icke. Se även SOU 1941:9 s. 102 f.) Motivet till detta stadgande är, "att rättssäkerheten skulle lida, om en aktietecknare, sedan bolaget registrerats, skulle kunna med tillämpning av berörda bestämmelser utträda ur bolaget eller skiljas därifrån" (se Skarstedt, Allmänna aktiebolagslagen s. 29). Den rättssäkerhet som härmed befrämjas torde vara sådan som omfattar tredje man, dvs. bolagsborgenärerna och den aktieinvesterande allmänheten. Den enskilda aktietecknarens rättssäkerhet väger i sammanhanget lätt.

På samma sätt får den enskilde aktietecknarens rättssäkerhet ge vika för bolagsborgenärerna och allmänheten när aktieteckningen villkorats på ett oriktigt sätt (se 1910 års lag 11 § jämfört med 7 §); villkoret blir i sådana fall ogiltigt. Innebörden av 11 § jämfört med 7 § är också (såsom Karlgren konstaterat *op. cit.* s. 83), att en aktietecknare kan bli bunden av sin teckning, trots att han inte avsett eller åtagit sig bundenhet. I hög grad bestickande är vidare att värnet mot "förhastade" eller "obetänksamma" aktieteckningar, såsom ett "förhärskande" motiv, blir synnerligen illusoriskt när avtalsrättens svagare ogiltighetsgrunder inte kan göras gällande av aktietecknaren. Om således aktietecknaren svikligen förletts, eller i lindrigare formare tvingats till, eller under sedermera bristande förutsättningar förmåtts, att teckna sig för aktier, kan aktietecknaren av hänsyn till bolagsborgenärens intresse icke göra gällande ogiltigheten (se härom Karlgren *op.cit.* s 68 ff., särskilt 83 ff. och 88 f., ävensom Karlgren i SvJT 1938 s. 187 ff.). Det vore närmast att tillskriva lagstiftare en schizofren läggning, att å ena sidan finna att den enskilde aktietecknarens rättssäkerhet skall vara primär, men å andra sidan till förmån för andra intressen väsentligen göra avkall på samma rättssäkerhet. Och även om det mot förmodan skulle befinnas, att lagstiftaren vid lagstiftningstidpunkten i förstone avsåg att skydda den enskilde aktietecknaren, kan ett sådant lagstiftningsmotiv inte tillmätas någon beaktansvärd betydelse *efter* framväxten av den nyss omtalade principen om bortfallet av vissa ogiltighetsgrunder. (Att denna princip hade stadgats när Karlgren framförde sina teser i skriften "Om stiftelseurkund och aktieteckning", framgår med all önskvärd tydlighet av själva skriften, se

s. 88 med hänvisning bl.a. till högstadomstolsavgörandet NJA 1918 s. 398.)

Under alla förhållanden måste synen på motivet för formbundenheten ha ändrats efter tillkomsten av 1895 och 1910 års aktiebolagslagar, men denna, möjliga ändamålsförskjutning synes Karlgren inte ha beaktat (detta sker emellertid i större utsträckning i Karlgrens nyssnämnda artikel i SvJT, särskilt s. 197 ff.).

Slutligen kan mot antagandet om det "förhärskande" motivet anföras, att lagstiftaren själv, såsom redovisas ovan och som framgår av förarbetena, föreställer sig att skyddet av aktietecknaren främst tog sig uttryck i bestämmelserna om den konstituerande stämman. Det kan tilläggas, att antagandet om det "förhärskande" motivet också harmonierar illa med Karlgrens teser om att varken fullmakt till aktieteckning eller ett efterföljande godkännande härav fordrar särskild form (*op. cit.* s. 63 f.). Det av lagstiftaren omhuldade behovet av ett "moget övervägande" skulle därmed tillgodoses genom att aktietecknaren formlöst ger någon i uppdrag att fullgöra en aktieteckning; såsom lagstiftningens motiv för ett formbundet förfarande förefaller det antagna ändamålet väl mindervärdigt i en sådan belysning.

9.3 Verkningarna av det av Karlgren gjorda antagandet om det "förhärskande" motivet

Sedan väl Karlgren summariskt och kategoriskt fastställt den "förhärskande" motivet för formbundenheten vid aktieteckning, läggs detta motiv till grund för ett antal slutsatser om formkravets rättsverkningar. Ovan har påtalats, att redan metoden är förkastlig, helt oaktat att det grundläggande antagandet brister: Vetenskapligt hade det varit mera korrekt att visa större återhållsamhet vad gäller urvalet av det "förhärskade" motivet och i stället låta ett resonemang om rättsverkningarna av formbundenheten vila på *olika* antaganden om formkravets *ratio*, i synnerhet som förarbetena icke lämnar någon klargörande vägledning. Men även om det skulle, *arguendo*, antas, att Karlgrens slutsats om det "förhärskande" motivet är riktig, leder hans resonemang på grund härav

till en rad inkonsekvenser och svårigheter. I det följande skall några exempel härpå ges.

1. I det första ledet diskuterar Karlgren (*op. cit.* s. 9 ff.) formkravets rättsverkningar för ett av stiftarna dem emellan och före bolagsbildningen träffat avtal, vari dessa inbördes förbundit sig att enligt i avtalet närmare specificerade villkor samverka för bolagets bildande. I ett sådant avtal, tillfogar Karlgren (fotnot 11), kan ett flertal ämnen komma att regleras, t.ex. rätt och skyldighet att teckna aktier i bolaget, rätt för viss eller vissa stiftare att tillskjuta annan egendom än pengar, rätt att överlåta sådan egendom, etc. Såvitt gäller sådana avtal uttalar Karlgren, att det saknas skäl att frånkänna avtalen obligationsrättslig verkan. Ur lagen och dess förarbeten kan enligt Karlgren inte utläsas någon "antydan om" att sådana avtal skulle sakna rättslig verkan. Detsamma gäller givetvis de eventuellt skadeståndssanktionerade förpliktelserna i avtalet. Avtalen torde *in dubio* vara bedöma med ledning av de regler som gäller för enkla bolag.

   Bundenheten kan emellertid inte, tillägger Karlgren i ett särskilt förbehåll, omfatta skyldigheten att "efter teckning övertaga aktier i bolaget". Detta följer enligt Karlgren av formkravet. Med hänsyn till att enligt 1895 års och 1910 års aktiebolagslagar samtliga stiftare var skyldiga att teckna sig för minst en aktie (se 1910 års lag, 10 §, sista st.), utan vilket bolagsbildningen icke kunde fullföljas, blir konstaterandet om stiftaravtalets (konsortiets) obligationsrättsligt bindande verkan poänglös, om skyldigheten att teckna aktier inte är bindande. Denna irrationalitet inses av Karlgren i ett till synes sent skede, varför han i en fotnot (*op. cit.* s. 11, fotnot 16, *in fine*) tilläger följande: "Måhända bör dock från regeln, att stiftarena icke äro bundna av dylika avtal om framtida aktieteckning, göras undantag så till vida, att en stiftare antages vara vid äventyr av skadeståndsansvar pliktig att – för att icke hela bolagsbildandet skall på grund av stadgandet i 10 § sista stycket AL gå om intet – teckna en aktie". (En sådan skadeståndssanktionerad avtalsskyldighet kan närmast jämföras med handpenningavtalen i samband med fastig-

hetsförvärv, se t.ex. Karlgren, Om handpenningavtal i samband med köp av fast egendom, Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s. 302 ff. Se även Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 433 ff.) Skadeståndsrisken torde vara ett tillräckligt incitament för att åstadkomma en aktieteckning; därmed urholkas givetvis principen om icke-bundenhet av utfästelser att framdeles teckna sig för aktier.

2. I nästa steg utreder Karlgren frågan, huruvida utfästelser att framdeles företaga aktieteckning har rättslig verkan eller icke (*op. cit.* s. 59 ff.). Karlgren noterar härvid att dylika utfästelser är av stor praktisk betydelse. Så t.ex. kan medlemmarna i s.k. stiftarekonsortier ömsesidigt förbinda sig att efter teckning övertaga vissa aktieposter i bolaget, eller det kan eljest vara fråga om att genom avtal försäkra sig om viss anslutning till aktieteckning vid bolagsbildningen eller vid nyemission. Det är också vanligt, påpekar Karlgren vidare, att avtal om framtida aktieteckning träffas i samband med fusioner av aktiebolag (*op. cit.* s. 59, fotnot 12).

Även härvidlag blir, enligt Karlgren, det "förhärskande" motivet för aktieteckningens formbundenhet utslagsgivande. Om inte hela syftet med formbundenheten skall förfelas, måste en *analogisk tillämpning av formbestämmelsen* ge till resultat, att de ifrågavarande utfästelserna om framtida aktieteckning icke är bindande (se s. 60). Det sagda leder enligt Karlgren till att skyldigheten inte ens kan upprätthållas med en skadeståndssanktion. Det saknar vidare betydelse om utfästelserna riktas till bolaget eller till enskilda medkontrahenter, och det är på samma sätt likgiltigt om utfästelserna avgivits av stiftare eller andra personer. Karlgren synes således frånkänna sådana utfästelser *all* obligationsrättslig verkan.

Såsom ovan påtalats, förutsätter Karlgrens slutsatser till ett minimum, att antagandet om det "förhärskande" motivet är riktigt. Dessutom är Karlgren beredd att, trots den stränga hållningen, göra undantag från principen. Med hänvisning till vad han enligt vad som redovisas under punkten 1. ovan uttalat om skadeståndssanktionerade förpliktelser för *stiftare* i samband med bolagsbildning, anmäler han i en fotnot ett sådant undantag (fotnot 15). Ett ytterli-

gare undantag avser sådan ersättningsskyldighet som kan motiveras av principen om *culpa in contrahendo*. Det kan emellertid ifrågasättas, varför dörren för undantagsmöjligheter endast skulle öppnas för stiftares utfästelser; rationella skäl för att göra skillnad mellan stiftare och aktietecknare i allmänhet saknas. Saken berörs inte närmare av Karlgren, men torde med de förbehåll han gjort leda till att skadeståndssanktionerade utfästelser skall ges obligationsrättslig verkan stiftare och övriga potentiella aktietecknare emellan. Karlgrens påstående i anslutning härtill, att i NJA 1918 s. 394 "klart kommer till uttryck uppfattningen, att utfästelser av berörda art principiellt icke äro giltiga", saknar full täckning i rättsfallet ifråga: Högsta domstolen tar i fallet överhuvudtaget inte ställning till frågan om obligationsrättslig verkan av utfästelser, stiftare eller andra aktietecknare emellan; i fallet aktualiseras uteslutande frågan om bundenheten i förhållande till det redan existerande, aktieemitterande *bolaget* i samband med en aktiekapitalökning.

3. Karlgrens resonemang stöter på ytterligare komplikationer när han därefter diskuterar de redan på den tiden vanliga avtalen, enligt vilka part *garanterar* aktieteckning eller nyemission (nedan "garantiavtal"). Sådana avtal skall enligt Karlgren icke drabbas av formkravens rättsverkningar, även om avtalet har till innebörd att garanten själv åtar sig att efter teckning övertaga de aktier som icke tecknats eller placerats (se s. 61 f.). Den efterföljande förklaringsgrunden för denna, något överraskande slutsats är påfallande bräcklig. (Jfr den mera återhållsamma kritiken av detta avsnitt av Ljungholm, SvJT 1931 s. 530 f. Framställningen karaktäriseras av Ljungholm som "icke övertygande".) Skälet till att garantiavtal skall rättsligt behandlas annorlunda än ovan i punkt 2. omnämnda, allmänna utfästelser är enligt Karlgren, att *syftet* med avtalen är ett annat. Följaktligen kan formregeln inte vinna analogisk tillämpning. Syftet med garantiavtalen är nämligen – fortfarande enligt Karlgren – inte primärt att vinna delägarskap, utan att göra affär på själva garantirisken mot ett särskilt betingat vederlag. Att sedan garanten själv kan tvingas teckna aktier för att uppfylla sitt garantiåtagande, är endast ett resultat av åtagandet, och inte primärt åsyf-

tat. Frågan om formbestämmelsens analoga tillämpning blir därmed avhängig av aktietecknarens primära syfte med aktietecknandet. Karlgren utvecklar sitt resonemang enligt följande:

"Om lagstiftaren formbundit aktieteckningen för att såvitt möjligt motverka, att personer utan moget övervägande – och med tanke på förespeglade stora vinstutdelningar etc. – engagerar sig i bolagsföretag, förefinnes knappast behov av motsvarande skydd ifråga om avtal, varigenom en kontrahent mot viss gottgörelse åtager sig att bära den ekonomiska risken av ett misslyckat försök till placering av aktier, med andra ord att svara för en viss eventuell 'skada' i den meningen, att aktieteckningens verkställande är något som han har fördel av att undvika eller i vart fall något som han icke med sin utfästelse eftersträvar".

Logiken i detta resonemang synes kunna reduceras till att en person som investerar pengar i utsikt att göra vinst är mera skyddsvärd än den som investerar lika mycket för att undvika förlust. Ett rättsligt hållbart *ratio* för ett sådant synsätt saknas. Det är inte uteslutet att i *andra* sammanhang kan förekomma, att lagstiftaren vill stimulera "offensiva" investeringar, och motverka "defensiva" sådana, men ett sådant motiv har uppenbarligen inte ens förespeglat här aktuell lagstiftare. En vidhängande fråga är hur det överhuvudtaget skall vara möjligt att inom ramen för rättstillämpningen dra gränsen mellan "offensiva" och "defensiva" investeringar. Vad hindrar avtalsparterna – för att om möjligt undvika formkravets rättsverkningar – utforma samtliga utfästelser som garantiavtal; och är i själva verket icke varje utfästelse att teckna sig för aktier en form av garantiavtal, dvs. ett åtagande att tillse att aktier till ett visst antal tecknas mot vederlag (det är överhuvudtaget svårt att föreställa sig att en sådan allmän utfästelse skulle vara *helt* vederlagsfri). Att det "primära" syftet med en affär eller investering skall tillmätas en sådan rättslig relevans som Karlgren gör gällande är i och för sig starkt betänkligt. Härtill kommer svårigheten att hantera ett sådant rättsfaktum. De anvisningar som Karlgren lämnar härutinnan är inte ägnade att underlätta förfarandet: En garants primära syfte är inte att vinna delägarskap utan att garantera en viss aktieteckningsnivå.

Om denna inte uppnås, skall garanten bära den ekonomiska risken och svara för den eventuella skadan. Alternativt kan garanten själv teckna sig för de "garanterade" aktierna. Så långt täcks enligt Karlgren garantiavtalet icke av formkravet. Men för den händelse "en placering av aktierna på annat håll är praktiskt taget omöjlig", ställer sig saken enligt Karlgren annorlunda: I en sådan situation synes enligt Karlgren garantens primära syfte vara att vinna delägarskap, och då blir formkravet analogiskt tillämpligt.

Grundskottet mot Karlgrens resonemang avlossar han emellertid själv: Motivet för att garantiavtal ej träffas av formkravets rättsverkningar, till skillnad från "utfästelser", är nämligen enligt Karlgren, att garantiavtalen "till sin typ" icke är sådana, "att man obetänksamt inlåter sig på desamma". Det säger sig självt att med en sådan argumentation blir också slutsatserna utan intresse.

4. Formkravet avser slutligen endast aktieteckningen, *inte förvärv av aktier, ej heller köp- eller säljoptioner.* Om således någon på grundval av en köpoption förbinder sig att förvärva aktier av en annan, vilka aktier ännu inte blivit tecknade (eller någon förbinder sig att sälja sådana aktier), faller transaktionen utanför formkravet (varvid i princip skall undantas de fallen där bolaget under bildande åtar sig att avyttra – eller förvärva – eller eventuellt teckna sådana aktier). Här drar även Karlgren en bestämd gräns för analogitillämpningen av formkravet. Någon saklig skillnad mellan dessa transaktioner och de ovan under punkt 2. omnämnda allmänna utfästelserna tycks emellertid inte föreligga. Karlgren diskuterar över huvud inte den frågan. Om så t.ex. A, B och C, i egenskap av stiftare eller investerare i allmänhet, avtalar att samtliga skall teckna sig för aktier i samband med bolagsbildning eller aktiekapitalökning, borde det inte göra någon skillnad om i stället avtalas, att A skall teckna sig för samtliga aktier, medan B och C skall åta sig att förvärva en viss andel av de sålunda av A tecknade aktierna. Detsamma synes vara fallet om endast A förbinder sig att teckna sig för en viss andel av aktierna, alltmedan B och C "garanterar" att en viss andel tecknas. Om det skyddsintresse som kommer till uttryck i formkravet, med innebörd att "omogna", "oöverlagda", "förhas-

tade", etc. aktieteckningar skall förhindras, är så utslagsgivande, att det av Karlgrens betecknats som det "förhärskande" motivet för formkravet, borde samtliga nu omnämnda transaktioner och avtalsparter behandlas lika. Att så uppenbarligen icke sker, och dessutom icke kan ske, borde ha föranlett Karlgren att överväga om hans antagande om det "förhärskande" motivet trots allt inte borde omvärderats, i synnerhet som förarbetena inte ger något direkt stöd för antagandet.

Mera konsekvent är såvitt gäller här aktuella transaktioner dock Nial (Aktiebolagsrättsliga studier s. 181 ff.): "Tvivelaktigt är om en utfästelse att från en annan person övertaga aktier som ännu inte tecknat är giltigt". Frågan bör enligt Nial besvaras nekande med hänvisning till syftet med reglerna rörande aktieteckningen.

9.4 Gällande rätts förarbeten

Inom ramen för en aktiebolagsrättslig studie med inriktningen att vara såväl aktuell som praktisk, kan analysen ovan förefalla väl utförlig; *prima facie* kan avsnittet karaktäriseras som föga mer än en rättshistorisk betraktelse. Dessutom kan kritiken av Karlgrens argumentation och slutsatser tyckas en smula respekt- och perspektivlös: Trots allt skall de teser Karlgren drivit ses i dåtidens ljus.

Fokus för den förevarande framställningen är emellertid inte de Karlgrenska teserna i sig, utan det genomslag dessa vunnit i gällande rätt, tillika den okritiska absorbering av teserna som förekommit i förarbeten och doktrinen; det är inte en alltför sällsynt företeelse inom rättslivet, att en auktoritets uttalande av ofta mycket gammalt datum vinner beaktande utan att grunderna för uttalandet skärskådas.

Formkravet vid aktieteckning har, som bekant, bibehållits. Förarbetena till 1944 års aktiebolagslag ger inget besked om det huvudsakliga ändamålet härmed. I SOU 1941:9 (s. 102 ff.) diskuteras inte de rättspolitiska skälen för formkravet mer än antydningsvis: Fortfarande framhålls publicitets- och kontrollbehovet samt vikten av att skydda tredje man. Så t.ex. omtalas särskilt, att ogiltigheten av en aktieteckning på grund av t.ex. formfel av rättssäkerhetsskäl inte får göras gällande sedan

bolaget registrerats. I 1944 års prop. (nr 5 s. 229) tillförs inget av intresse.

Tilläggvärdet av förarbetena till 1975 års lag är begränsat. Såväl i betänkandet (SOU 1971:15 s. 138) som i propositionen (1975:103 s. 298) uttalas emellertid, att den "gällande principen att ingen skall kunna med bindande verkan förplikta sig att delta i en bolagsbildning förrän under stiftelseförfarandet de åtgärder vidtagits som föreskrivs i lagen i syfte att ge aktietecknaren underlag för bedömning av bolaget", skall upprätthållas genom formkravet i ABL 2:5. En närmare utredning om ändamålet med en så vittomfattande princip saknas.

Som bekant utfördes utredningsarbetet till stor del av Nial (så också beträffande betänkandet till 1944 års lag). Det framstår som sannolikt att Nial i utredningsarbetet och vid formuleringen av den "gällande principen" i hög grad influerats av slutsatserna i hans år 1935 utgivna monografi "Aktiebolagsrättsliga studier" (särskilt s. 181 ff.). I dessa studier har Nial emellertid väsentligen förlitat sig på Karlgrens forskningsresultat, som granskats ovan, i "Om stiftelseurkund och aktieteckning". Nial synes icke i "Aktiebolagsrättsliga studier" göra en självständig undersökning av det rättspolitiska motivet till formkravet och uttalar sig ej heller särskilt om Karlgrens ovan kritiserade antagande om det "förhärskande" motivet. Nial (s. 182) uppfattar dock att syftet med formbundenheten (och publiciteten) är följande:

> "Detta syfte är ju att skydda personer från att satsa kapital i aktiebolag innan dettas soliditet och utsikter ställs under publicitetens ljus och offentlig kritik därigenom möjliggjorts." (Jfr Skarstedt s. 17: "Till förekommande av att allmänheten förledes att placera penningar i bolag, som till följd av brist i aktiekapitalet redan i början av sin verksamhet ej kunna betraktas såsom sunda företag".)

Om den av Nial formulerade "gällande principen" skall upprätthållas på den av Karlgren antagna, eller den av Nial formulerade grunden, synes Aktiebolagsutredningen i 1971 års betänkande (dvs. Nial) göra sig skyldig till en rättspolitisk personlighetsklyvning. (Jfr Karlström, JT 2002/03 s. 59.) Å ena sidan framhålls sålunda den "gällande principen" med de angivna grunderna. Å andra sidan betonas i betänkandet (s. 110 och

127 ff.), att det över huvud måste "nu anses vara en föråldrad uppfattning att aktiebolaget som företagsform är ett särskilt farligt instrument, genom vilket en lättlurad allmänhet kan lockas att satsa sina besparingar i mindervärdiga företag." Problemet är enligt Aktiebolagsutredningen snarare det motsatta, nämligen hur aktiebolagen skall kunna attrahera kapital i erforderlig utsträckning för att finansiera näringslivet och dess utveckling. Vad som förutsätts bibehållas är informationskravet i samband med bolagsbildning eller kapitalökning, med särskilda sanktionsregler. Med gillande citeras i betänkandet (s. 128) SOU 1958:27, Om förslag till förenkling i vissa delar av aktiebolagslagen (s. 169), vari det ifrågasätts, om inte själva utgångspunkten för det då gällande formalistiska och betungande systemet framstår som "verklighetsfrämmande": "Det hör nu till undantagsfallen att ett aktiebolag bildas på det sättet att man för bolagsbildningen appellerar till en större allmänhet, vilken genom förespeglingar om vinstmöjligheter förledes att satsa kapital i bolaget." (Jfr. motsatt synsätt i förarbetena – som redovisats ovan – till 1895 och 1910 års lagar.) Därvid hänvisas till att i det ojämförligt flesta fallen tillkommer ett aktiebolag genom överenskommelse mellan ett begränsat antal personer, som alternativt kan välja att helt formlöst bilda handels- eller kommanditbolag.

Dessutom konstateras redan i 1971 års betänkande (SOU 1971:15 s. 129), att i de "alldeles övervägande antal" fallen aktiebolagen tillkommer genom simultanbildning. För att vid simultanbildning aktietecknarna ändå skulle beredas skydd mot hemlighetsmakeri och överrumpling, föreslogs en bestämmelse om att en förutsättning för denna form av bolagsbildning skulle vara, att alla aktier tecknades vid stämman och att alla godtagna aktietecknare var ense (jfr ABL 2:7, 2 st., jfr prop. 1975:103 s. 300). Såsom nämnts ovan föreslås i Lagförslaget, att bestämmelserna om successivbildning utmönstras helt, eftersom denna form för bolagsbildning saknar praktisk betydelse.

Vid tillkomsten av 1975 års lag har följaktligen Karlgrens antagande om det "förhärskande" motivet, om det alls skall godtagas, icke tillmäts någon betydelse, utan tvärtom avvisats. Det är desto besynnerligare att den enligt betänkandet "gällande principen" föreslås upprätthållas i den angivna utsträckningen. (Jfr Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrif-

ter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 439: "I grund och botten finns naturligtvis en stark insikt om att formkravets rättspolitiska grund, framför allt behovet av att förhindra oövertänkta transaktioner, är tämligen svagt." Uttalandet tar sikte på formkravet vid fastighetsköp.)

9.5 Gällande rätt

En direkt tillämpning av formföreskrifterna i ABL 2:5 och 4:8 (jfr 5:12) innebär självfallet, att en aktieteckning som sker på annat sätt ej kan göras gällande av bolaget. I förhållande till *bolaget* kan sålunda icke en bindande aktieteckning komma till stånd på annat sätt än enligt formföreskrifterna. Detta följer också av NJA 1918 s. 394.

En analogivis tillämpning av dessa stadganden på utfästelser att teckna aktier, på så sätt att sådana utfästelser frånkänns obligationsrättslig verkan, är emellertid enligt min mening utesluten. En grundläggande förutsättning för en sådan analogisk tillämpning är i vart fall, att den är motiverad med hänsyn till formkravets ändamål. Såsom har konstaterats ovan, saknas emellertid lagstiftningsändamål som motiverar analogitillämpning. Under alla förhållanden har sådana ändamål helt fallit i skymundan vid tillkomsten av 1975 års lag. Tvärtom får det anses vara av stor vikt att aktiebolag genom ifrågavarande utfästelser tillförsäkras riskkapital. Det är samtidigt tydligt, att frågans betydelse vid bolagsbildningen har förlorat i aktualitet: Det torde vara ytterst sällsynt att stiftare eller andra aktietecknare vid bolagsbildning träffar överenskommelser av angivet slag; såsom framgått ovan, bildas de allra flesta aktiebolag simultant eller förvärvas såsom lagerbolag. Det är i samband med *aktiekapitalökning* som frågan får sin allra största betydelse.

Slutsatsen, att formkravet icke kan vinna analogitillämpning på överenskommelser av ifrågavarande slag i samband med nyemissioner av aktier, avser också andra, funktionellt näraliggande avtal, såsom de ovan betecknade garantiavtalen, sälj- eller köpoptioner vid eller före aktieteckning, etc. Såsom redan konstaterats ovan, saknas skäl att göra skillnad mellan dessa avtalstyper.

En annan sak är sedan att överenskommelser av ifrågavarande typ inte ersätter aktieteckningen, och att det kan vara såväl rättsligt som praktiskt besvärligt att inom teckningstiden tvinga avtalspart att fullgöra aktieteckningsskyldigheten. Incitamentet får i stället, precis som i garantiavtalen enligt ovan, vara risken för skadestånd eller i förekommande fall avtalsvite. Några vägande skäl för att begränsa rätten till skadestånd till det "negativa intresset" synes inte kunna påvisas. Även en sådan ståndpunkt synes förutsätta, att en analogisk tillämpning av formkravet är möjlig, vilken ovan avvisats.

Formkravet vid aktieteckning är ju, såsom framgått ovan, direkt tillämpligt endast på aktieteckningen som sådan. Det omfattar inte enligt *ordalydelsen* ovan berörda utfästelser att teckna aktier, garantiavtal, etc. Något annat har heller ej gjorts gällande i den aktiebolagsrättsliga doktrinen. Vad som däremot har förordats av främst Karlgren på ovan anförda grunder är att formkravet skall tillämpas analogivis på sådana rättshandlingar. Helt avgörande för en sådan analogitillämpning har enligt Karlgren varit det "förhärskande" motivet för formkravet, nämligen att förhindra att aktieteckning sker "obetänksamt" eller "förhastat" ("utan moget övervägande"). Utredningen ovan får anses emellertid visa, att ett sådant "förhärskande" motiv aldrig förelegat, och om ett lagstiftarmotiv av det slaget haft någon betydelse vid tillkomsten av aktiebolagslagarna år 1895 och 1910, så måste motivets betydelse väsentligt ha beskurits genom senare rättspraxis och förarbeten, och genom förarbetena till 1975 års ABL i princip ha utraderats. Förutsättningar för en analogitillämpning saknas därmed.

Den nu skisserade bilden av formkravet vid aktieteckning kan jämföras med den beträffande fastighetsförvärv. Att ett fastighetsförvärv är underkastat ett relativt strängt formkrav i JB 4 kap. står klart. Enligt ordalydelsen för formkravet är detta *direkt* tillämpligt endast på fastighetsförvärvet och vissa villkor i samband därmed. Det saknas således *uttryckligt* lagstöd för att tillämpa samma formkrav på t.ex. utfästelser att framdeles köpa eller sälja (olika optioner) fast egendom, förköpsrätter, hembudsklausuler, etc. Icke desto mindre har Högsta domstolen i rättspraxis funnit att formkravet skall vara tillämpligt även på utfästelser, avtal om förköpsrätt, etc. (se bl.a. NJA 1965 s. 306, NJA 1970

s. 180, NJA 1971 s. 516, NJA 1974 s. 314 och NJA 1977 s. 509). Utan uttryckligt lagstöd får antas, att slutsatsen om att sådana rättshandlingar icke är bindande vilar på en *analogisk* tillämpning av formkravet. Grunden för en sådan tillämpning är emellertid oklar. Med Karlgrens ovan analyserade metod skulle det ligga nära till hands att föreställa sig, att det "förhärskande" motivet för formkravet vid fastighetsförvärv föranleder en analogitillämpning på utfästelser, förköpsavtal, etc. Tillvägagångssättet kompliceras emellertid av att det är i högsta grad oklart i vilka rättspolitiska överväganden formkravet ytterst bottnar. (Se t.ex. Vahlén, Formkravet vid fastighetsköp, 1951 s. 73: Saken har ej närmare utretts och torde enligt Vahlén "tarva rättshistoriska forskningar". Se även Nerep, Sale and lease back av fast egendom, SST 1989 s. 308 ff. med vidare hänvisningar till t.ex. Hessler, Allmän sakrätt, 1973 s. 450 f.)

Det bör återigen understrykas, att formkravet vid fastighetsförvärv icke är *direkt* tillämpligt på utfästelser om fastighetsförvärv, förköpsavtal, etc.; formkravet gäller enligt ordalydelsen endast förvärvet som sådant, och inte utfästelse om att framdeles förvärva eller låta annan förvärva fastighet. På samma grund kan ej heller ur avtalslagen 1 § 3 st. härledas en princip om att även utfästelser, förköpsavtal, etc. skall underkastas formkravet vid fastighetsköp: Bestämmelsen i avtalslagen är enligt sin ordalydelse endast tillämplig på fastighetsförvärvet. Av det förhållandet att ett anbud om att förvärva fast egendom inte är bindande – vilket är ett resultat av formkravet – följer följaktligen inte med nödvändighet, att utfästelser, förköpsavtal, etc. av ovannämnt slag är ogiltiga.

Om det nu vore så att det "förhärskande" motivet för formkravet vid fastighetsförvärv är att förhindra "förhastade" eller "obetänksamma" avtalsslut, vilket måste betvivlas, förefaller ett sådant motiv inte ha lagts till grund för en analogisk tillämpning av formkravet på utfästelser, förköpsavtal, etc. Fastmera framhålls i rättspraxis andra motiv därför (se NJA 1984 s. 673 och NJA 1992 s. 66, s. 77). Sammanfattningsvis har uttalats, att sådana utfästelser eller avtal "lägger band på ägarens handlingsfrihet, kan skapa osäkerhet i äganderätten med ogynnsamma verkningar bl.a. för fastighetsomsättningen och kreditgivning". Vad som

häri betonas är således behovet av en god ordning till båtnad för en fungerande fastighets- och kreditmarknad. Det förhållandet att en fastighetsägares utfästelse att framdeles sälja sin fastighet "lägger band på ägarens handlingsfrihet", kan knappast tillmätas någon nämnvärd betydelse: Själva kvintessensen i den grundläggande avtalsrättsliga principen om att avtalslöfte är bindande är ju att begränsa löftesavgivarens handlingsfrihet; det synes därför föga meningsfullt att som motiv för att inte ge ett avtalslöfte bindande verkan hänvisa till att löftet eljest vore bindande.

I vart fall till denna del är grunden för att kvalificera utfästelser, förköpsavtal, etc. som ogiltiga ogenomtänkt. Men även motivet i övrigt kan karaktäriseras på samma sätt. Den i rättspraxis utvecklade principen om att utfästelser, etc. inte är bindande har delvis varit kontraproduktiv om man utgår ifrån grunden för densamma. Att optioner, utfästelser och liknande företeelser på den kommersiella fastighetsmarknaden inte kunnat ges bindande verkan har sålunda *skapat* osäkerhet (se härom Nerep, *op. cit.* s. 308 ff.) inte bara på fastighetsmarknaden utan också på kreditmarknaden. Vad som återstår av grunden för inställningen i rättspraxis är i själva verket ett krav på en fungerande offentlighet och registrering av fastigheter, och denna har tydligen ännu icke i tillräcklig grad anpassats till utfästelser att framdeles sälja fast egendom, optioner, förköpsavtal, etc.

Samtidigt pågår en stark uppluckring av den i rättspraxis utvecklade principen om att utfästelser, etc. icke är bindande. I NJA 1974 s. 526 befanns t.ex. att handpenningavtal är bindande i viss utsträckning. Därefter har i NJA 1981 s. 897 och NJA 1984 s. 673 principen ytterligare beskurits vad beträffar förköpsrätt i samband med gåva eller gåvoliknande rättshandlingar. Vidare har i vissa specialfall ansetts att utfästelser att framdeles överlåta fast egendom skall tillmätas rättslig betydelse (se Nerep, *op. cit.* s. 309 med hänvisningar till uttalanden i doktrinen). Principen har också genombrutits vid s.k. föravtal till bodelning (NJA 1978 s. 497). Förköpsklausul vid förordnande genom testamente har vidare förutsetts vara giltig (se SOU 1988:66 s. 79). I NJA 1990 s. 18 befanns en förköpsklausul i samband med bodelning och arvskifte (med hembudsskyldighet) vara giltig och bindande: Klausulerna ansågs fylla

"en viktig funktion" och inte sällan vara "en förutsättning för bodelningen eller arvskiftet". Hänsynen till kreditgivningen och den fria omsättningen av fastigheter betraktades som underordnad.

Slutligen kan nämnas, att Högsta domstolen i NJA 1992 s. 66 (jfr NJA 2001 s. 75) funnit, att skriftliga optionsavtal avseende framtida förvärv av bostadsrätt är bindande, oaktat formkravet för överlåtelse av bostadsrätt. Det eventuella intresset av att värna kreditgivningen och omsättningen av bostadsrätter berördes i sammanhanget överhuvudtaget inte. Utgångspunkten var fastmera att optionsavtal beträffande lös egendom är bindande, vilket är en" naturlig följd" av den allmänna principen om avtalsfrihet. Vidare framhålls i domskälen att det saknas förbud mot optionsavtal i bostadsrättslagstiftningen. Det kan tilläggas, att i fallet utdömdes fullt skadestånd (således till det positiva kontraktsintresset) med hänvisning till att optionsavtalet icke hade honorerats. (För vidare diskussion om rättsfallet, se Kleineman, *op. cit.* s. 444 ff.) I tillägg kan nämnas NJA 1993 s. 324, enligt vilket avgörande formkravet för överlåtelse av fast egendom inte befanns vara tillämpligt ifråga om överlåtelse av s.k. dold äganderätt till fastighet, och NJA 2000 s. 747, med ytterligare begränsningar av formkravet (se även NJA 1995 s. 178 och NJA 1998 s. 610 samt SOU 1991:81).

Tendensen i rättspraxis är således tydlig: Formkrav skall tolkas restriktivt. En analogitillämpning av formkrav förutsätts icke kunna ske utan starka skäl.

9.6 Lagförslaget

I Lagförslaget behandlas överhuvudtaget inte den ovan framställda problematiken. Förslaget däri om att aktieteckningen i samband med bolagsbildningen icke skall betecknas som en bindande avsiktsförklaring har ett annat syfte än att komma till rätta med aktuella spörsmål. Även om förslaget indirekt kan ha haft ett sådant ändamål, är det inte ägnat att korrigera de i praktiken mest betydelsefulla fallen, nämligen de som förekommer i samband med aktiekapitalökning. I detta hänseende föreligger ingen skillnad i Lagförslaget (se 8:17–18) jämfört med gällande rätt. Principen att en aktieteckning i samband med bolagsbild-

ningen inte skall vara bindande förrän inbetalning skett för aktierna ifråga har föreslagits med förklaringen, att "utsikterna till framgång för ett bolag som bildats under oenighet är begränsade och att det är lika bra att bolagsbildningen avbryts eller görs om för det fall någon av stiftarna vill dra sig ur" (se SOU 1997:22 s. 203). Betydelsegrunden känns icke övertygande. Om aktieteckningen skall ses som ett avtalslöfte, men inte vara bindande av nyssnämnda skäl, får synsättet överfört på avtalsförhållanden i allmänhet märkliga konsekvenser: Om ett avtalslöfte inte skall kunna hävdas och vara rättsligt bindande med hänvisning till att samarbetet mellan avtalsparterna ändå är dömt att misslyckas, just på grund av att en av parterna önskar frigöra sig från avtalslöftet, skulle varje avtalsförhållande av samarbetskaraktär – med samma resonemang – blir bindande först när prestationerna på ömse håll fullgjorts. Att sedan aktieteckningens omvandling vid bolagsbildningen från konsensualavtal till realavtal är viss mån ägnad att förenkla förfarandet vid bolagsbildningen är en annan sak.

En ytterligare nyhet i Lagförslaget (12:15) är att formkrav vid aktieteckning föreslås utvidgas till att omfatta teckning av teckningsoptioner och konvertibler. Huruvida en sådan utökning av formkravet är välbetänkt kan ifrågasättas mot bakgrund av de problem som formkrav uppenbarligen kan bära med sig.

10. Aktietecknings ogiltighet och bolagets skadeståndsansvar

Såsom torde ha framgått ovan, har aktieteckningen många likheter med det sedvanliga avtalet. Avtalsbundenhet uppkommer i princip vid aktieteckningen. Om teckningen förenas med villkor, är sådana villkor under vissa förutsättningar också bindande. Såsom avtalsparter framstår naturligast aktietecknaren och aktiebolaget, i vart fall vid nyemissioner. Vid bolagsbildningen kan invändas, att bolaget saknar rättshandlingsförmåga före registreringen, varför såsom avtalsparter i stället utkristalliseras samtliga aktietecknare, stiftare, etc. Avtalssituationen kan när-

mast jämföras med den som i vissa fall kan föreligga mellan bolagsmän i ett enkelt bolag, eller möjligen aktietecknare vid en nyemission: Vissa större investerare kan tänkas ha träffat avtal om att teckna sig för ett visst antal aktier i en nyemission, vilket avtal givetvis är bindande parterna emellan. Avvikelser från ett sådant avtal sanktioneras med avtalsrättens sedvanliga remedier. Bundenheten vis a vis emittentbolaget uppkommer emellertid vid själva aktieteckningen (i vart fall när formkraven uppfyllts).

Sedan en lång tid tillbaka pågår i Sverige en debatt om *aktieteckningens ogiltighet* på grund av omständigheter vid teckningen (avtalets uppkomst) enligt sedvanliga, avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder samt *bolagets skadeståndsansvar* för oriktiga och vilseledande uppgifter, m.m. i samband med informationsutbudet från bolaget *före teckningen* (fel i prospekt, årsredovisningshandlingar, m.m.). Följande frågor synes i första hand kunna formuleras.

1. Kan aktieteckningen förklaras ogiltig på grund av t.ex. svikligt förfarande från bolagets, enkannerligen bolagsledningens sida, bristande förutsättningar eller med hänvisning till andra, svaga eller starka ogiltighetsgrunder?
2. Kan bolaget göras skadeståndsskyldigt på grund av oriktiga uppgifter i sådan information som bolaget tillhandahållit allmänheten, t.ex. i årsredovisningshandlingar, prospekt, m.m. och hur långt skall i så fall en sådan skadeståndsskyldighet sträcka sig; skall skyldigheten omfatta såväl aktietecknare som säljare och köpare av aktier, t.ex. under teckningstiden eller vid teckningstidens slut?
3. Är olika former av garantier (emissionsgarantier), "indemnities", etc., som utfärdats av bolaget med ändamål att täcka en skada som uppstår enligt p. 2 ovan bindande?

Ogiltighetsfrågan torde ha relevans såväl vid bolagsbildningen som vid nyemissionen, även om det i praktiken säkerligen är sällsynt att frågan aktualiseras före registreringen av ett aktiebolag. Ogiltigheten i sådana fall får göras gällande mot övriga aktietecknare. Vid överlåtelse av teckningsrättigheter torde ogiltigheten främst avse överlåtelseavtalet. Ska-

deståndsfrågan kan emellertid knappast aktualiseras före bolagsregistreringen, utan har sin främsta betydelse vid nyemission eller förvärv eller försäljning av aktier, inklusive bolagets egen medverkan i sådana transaktioner.

Rättsutvecklingen (främst i doktrin) i dessa frågor har varit starkt präglad av rättsfallen NJA 1918 s. 398, NJA 1935 s. 270 och NJA 1936 s. 527. I den aktiebolagsrättsliga litteraturen har behandlingen av frågorna dock varit sparsam (se t.ex. Danielsson, Aktiekapitalet s. 79 ff., Nial, Om aktiebrev s. 95 f., Nial, Aktiebolagsrättsliga studier s. 183 ff., och Karlgren, Några aktierättsliga anteckningar i anledning av ett par rättsfall, SvJT 1938 s. 187 ff.), men under senare tid har frågorna väckts till liv igen (se t.ex. af Sandeberg, Prospektansvaret s 259 ff. och SOU 2001:1 s. 259 ff.).

I NJA 1918 s. 398 var fråga om oriktiga uppgifter i samband med aktieteckning vid *bolagsbildning*. Till teckningslistan hade fogats en handling, som oriktigt uppgav att bolaget förfogade över vissa patent; patenten hade nämligen redan utgått eller förfallit. I frågan om aktieteckningens ogiltighet uttalade Högsta domstolen, att även om aktietecknaren blivit till aktieteckningen förledd av oriktiga uppgifter i en av stiftarna vid teckningslistan fogad handling, kunde denna omständighet inte föranleda att han ägde undandra sig de förpliktelser som på grund av aktieteckningen ålåg honom *gentemot det sedermera bildade bolaget*. Slutsatsen, att aktieteckningen vid bolagsbildningen icke var ogiltig på grund av den oriktiga uppgiften, utesluter givetvis inte att stiftarna eller andra som medverkat till att den oriktiga uppgiften vid bolagsbildningen kunde vara skadeståndsskyldiga gentemot aktietecknarna. Kvintessensen i rättsfallet synes vara, att en eventuell *ogiltighet* på grund av vad som inträffat före bolagsbildningen *icke träffar bolaget*.

I NJA 1935 s. 270 var fråga om aktieliknande instrument s.k. participating debentures (närmast "delägardebentures"), vilka emitterats av AB Kreuger & Toll. Några förvärvare av sådana debentures från *annan part än bolaget självt* (förutvarande aktieägare eller därmed jämställd delägare) yrkade i en talan riktad mot *bolaget* AB Kreuger & Toll ersättning för skada som tillfogats dem i anledning av att de förlitat sig på uppgifter i bolagets balansräkningar och andra av bolaget offentlig-

gjorda handlingar, vilka uppgifter sedermera befunnits oriktiga. Högsta domstolen fann att innehavarna av de aktuella instrumenten, på grund av den rätt till vinstutdelning och andel i bolagets tillgångar vid likvidation som de tillförsäkrats, i väsentlig mån var att *likställa med aktieägare*, varför de "oansett de omständigheter under vilka de förvärvat förbindelserna, icke kunna å dylikt förvärv grunda skadeståndsfordran mot bolaget". Oriktiga uppgifter i årsredovisningshandlingar, prospekt, m.m. grundade således enligt Högsta domstolen inte rätt till ersättning *från bolaget* för skada, oavsett att fråga var om emission eller förvärv av aktier eller aktieliknande instrument. Återigen uteslöts inte möjligheten, att göra bolagsledningen – eller delar därav – skadeståndsansvarig.

I det sistnämnda rättsfallet, *NJA 1936 s. 527*, var bl.a. fråga om ett *bytesavtal*, enligt vilket Ivar Kreuger erhöll aktier i Bergvik & Ala Nya AB i utbyte mot hans aktier i AB Kreuger & Toll. Sedan Kreuger på grund av bytesavtalet erhållit aktierna i Bergvik & Ala Nya AB, överlät han aktierna till AB Kreuger & Toll, som i sin tur överlämnade aktierna till AB Svenska Handelsbanken som säkerhet för ett lån. Ivar Kreugers medkontrahent (T) väckte i anledning av bytesavtalet talan mot AB Kreuger & Toll på grund av att Kreuger vid bytesavtalets ingående förfarit svikligt mot T (aktierna i AB Kreuger & Toll skulle ha saknat värde vid bytesavtalets ingående) och att AB Kreuger & Toll måste anses lika med Kreuger ansvarigt för den förlust som orsakats T på grund av det svikliga förfarandet, särskilt med hänsyn till att Kreuger varit bolagets faktiske ledare och även styrelseledamot däri. T gjorde gällande, att AB Kreuger & Toll inte kunde ha bättre rätt till de ifrågavarande aktierna än Kreuger själv. Högsta domstolen fann att bytesavtalet mellan Kreuger och T på grund av Kreugers svikliga förfarande *inte var bindande* för T. Vidare fann Högsta domstolen, att AB Kreuger & Toll var *skadeståndsskyldigt* av följande skäl:

1. Bolaget hade på föranstaltande av Kreuger förfogat över bytesaktierna i Bergvik & Ala Nya AB på sätt som ovan berörts.
2. Kreuger intog en ledande ställning i bolaget (han var verkställande direktör och styrelseledamot däri och han kontrollerade bolaget).

3. På grund av 1. och 2. ovan kunde bolaget gentemot T inte göra gällande bättre rätt till aktierna än Kreuger.
4. Bolaget var skyldigt att återställa de ifrågavarande aktierna till T, och om detta ej var möjligt, ersätta T:s skada.

Det kan sättas ifråga om det sistnämnda rättsfallet överhuvudtaget har någon aktiebolagsrättslig relevans i förevarande sammanhang. Grundläggande för fallet var ett bytesavtal mellan privatpersonen Kreuger och T. De aktier som Kreuger erhöll på grund av bytesavtalet överläts till AB Kreuger & Toll, som senare förfogade över aktierna. Eftersom bytesavtalet var ogiltigt på grund av Kreugers svikliga förfarande, hade Kreuger primärt en skyldighet att återbära aktierna, sekundärt en skyldighet att ersätta T för den skada som uppkom på grund av återbäringsbristen. Vid överlåtelsen av aktierna till AB Kreuger & Toll representerade Kreuger både sig själv och bolaget. Godtrosförvärv var därför uteslutet. (Frågan aktualiserades till synes icke i målet, men omnämndes av referenten i hovrätten.) Mellan Kreuger och bolaget fanns, på grund av Kreugers ledande ställning i och kontroll över bolaget, ett mycket nära samband. De aktier som lämnades i utbyte, nämligen aktierna i AB Kreuger & Toll, var icke bolagets egna aktier, utan tillhörde Kreuger personligen. Fråga var således icke om bolagets försäljning av egna aktier, ej heller självfallet en emission därav.

Å andra sidan kan väl argumenteras, att *bolaget* på grund av Högsta domstolens rättsliga konklusion betecknades som *avtalspart* eller jämställd därmed (bolaget identifierades med privatpersonen Kreuger) och i denna egenskap genom privatpersonen Kreuger överlät sina egna (och Kreugers) aktier i utbyte mot andra aktier. Med ett sådant synsätt kan därför bytesavtalet med de tillkommande omständigheterna ses som ett bolagets avhändande av egna aktier. Vid försäljning av ett aktiebolags egna aktier av bolaget självt (som i 1936 års fall identifierades med privatpersonen Kreuger) har således motparten, såsom varje annan avtalspart, grundade anspråk på ogiltighet och skadestånd. Under detta förhållande uppkommer frågan, hur utgången kan förenas med resultatet i NJA 1935 s. 270.

De *slutsatser* som samtliga ovannämnda rättsfall tycks föranleda är följande.

1. En *aktieteckning* vid bolagets bildande är bindande gentemot det sedermera bildade bolaget och kan inte ogiltigförklaras på grund av oriktiga uppgifter som lämnats av stiftare eller andra berörda vid aktieteckningen (NJA 1918 s. 398).
2. Vad som sagts i 1. ovan utesluter inte skadeståndstalan mot stiftare, styrelseledamöter, m.fl. Däremot följer av 1. att skadeståndstalan på grund av de oriktiga uppgifterna inte kan riktas mot *bolaget.*
3. Vid nyemission av aktier och aktieliknande instrument är också *teckningen* bindande och kan, som ovan i punkt 1., icke ogiltigförklaras på grund av svikligt förfarande i form av oriktiga uppgifter, m.m. som av bolaget (dvs. bolagsorganen) tillhandahållits aktietecknarna före teckningen. Av det sagda torde också följa att aktietecknarna icke kan rikta skadeståndstalan mot *bolaget* på grund av ett sådant svikligt förfarande.
4. Vad som ovan i punkt 3. sagts om emissioner synes *inte* gälla *förvärv och överlåtelse* av egna aktier tydligen oaktat hänvisningen i ABL 7:21 till ABL 4:8 (1–3 st.). NJA 1936 s. 527 ger stöd för en sådan slutsats. För det fall den identifiering av privatpersonen Kreuger och bolaget Kreuger & Toll som låg till grund för fallet skall tolkas så, att bolaget var part till bytesavtalet, föreligger rätt till skadestånd, trots att fråga är om försäljning av egna aktier, möjligen också trots att den oriktiga informationen emanerade från privatpersonen Kreuger såsom part i bytesavtalet och inte i egenskap av företrädare för bolaget. Identifikationen synes emellertid även ha innefattat sistnämnda förhållande, så att vad Kreuger såsom privatperson uppgivit skall han också anses gjort i egenskap av företrädare för bolaget. (Om identifikation i 1936 års fall, se även Kleineman, Påföljder vid brott mot det s.k. aktiebolagsrättsliga låneförbudet, JT 1997/98 s. 707 ff.)
5. Slutligen synes en *bolagets utomobligatoriska skadeståndsskyldighet vara utesluten* vid förekomsten av oriktiga uppgifter i bolagets information till allmänheten till grund för köp eller försäljning av

aktier i bolaget på sekundärmarknaden, dvs. av annan än bolaget. En eventuell ogiltighetsgrund får avse avtalet som sådant, i vilket avtal bolaget normalt ej är part (detta förutsätts här). Skadeståndsansvar avtalsparterna emellan kan givetvis förekomma. En kategorisk ståndpunkt i denna del intar Karlgren (SvJT 1938 s. 187, s. 201 f.). Om ett aktiebolag (givetvis genom bolagsorganen) tillhandahåller oriktiga uppgifter, och en köpare (eller säljare) av aktier grundar sitt köp (eller försäljning) på bl.a. dessa uppgifter, kan enligt Karlgren bolaget icke bli skadeståndsskyldigt mot köparen (säljaren). Det sagda är enligt Karlgren en "uppenbar" följd av den i rättsfallet NJA 1935 s. 270 formulerade rättsgrundsatsen. Gränsdragningen mot vad som blev utgången i NJA 1936 s. 527 är emellertid något oklar, särskilt i beaktande av de ytterligare rättsfall som Karlgren nämner i sammanhanget, nämligen NJA 1910 s. 184, NJA 1926 s. 185 och NJA 1929 s. 146 men också ovan redovisade rättsfall NJA 1918 s. 398. I NJA 1926 s. 185 tillskrevs ett aktiebolag en av bolagets styrelseledamöter och firmatecknares (tillika bolagets vid tidpunkten ifråga tjänstlediga verkställande direktör) uppsåtliga handlande, vilket bestod i att genom mordbrand förstöra ett varulager, varför bolaget i enlighet med försäkringsavtal icke gavs rätt till brandskadeersättning (en form av aktiv identifikation). Likheterna med situationen i NJA 1936 s. 527 är påfallande.

Om nu principerna om den allmänna skadeståndsskyldigheten i obligatoriska rättsförhållanden (och för bolaget utomobligatoriska förhållanden) bör "vika för aktiebolagsrättsliga hänsyn" (se Karlgren *op. cit.* s. 202) vid framför allt teckning av aktier, men också – utomobligatoriskt – i förhållande till förvärv på sekundärmarknaden, uppstår frågan varför så icke skedde i 1936 års rättsfall, som ju gällde en försäljning av aktier inte bara av privatpersonen Kreuger, utan också – genom identifikationen – av bolaget. Diskvalificeringen av de obligationsrättsliga (eller utomobligatoriska) principerna för skadeståndsskyldighet i aktiebolagsrättsliga sammanhang har uppenbarligen icke varit fullständig. I NJA 1926 s. 185 befanns bolaget ansvara för ställföreträdarens uppsåtliga handling och i 1936 års fall ansågs bolaget ha samma ansvarighet, som om

> bolaget varit part till bytesavtalet ingånget mellan privatpersonen Kreuger och T. Karlgren uttalar i denna del (*op. cit.* s. 205), att "skälen till denna förvisso välgrundade ståndpunkt skola icke här beröras". 1936 års fall skall följaktligen tolkas så att förvärvet av aktierna betecknades ha skett direkt från bolaget. Med Karlgrens tolkning av 1936 års fall, som måste anses vara riktig, kan en bolagets försäljning av egna aktier inte behandlas på annat sätt än en försäljning av andra bolagets tillgångar. Härvid gäller således sedvanliga obligationsrättsliga principer, som icke skall vika för aktiebolagsrättsliga hänsyn. Karlgren reserverar sig emellertid för det fallet att aktierna icke är till fullo likviderade (se *op. cit.* s. 207 ff.).

De grundsatser som kan utvinnas ur de tre ovan berörda rättsfallen från åren 1918, 1935 och 1936 är självfallet icke logiskt betingade, utan resultatet av överväganden av rättspolitisk natur: För att värna aktiebolagsinstitutet skyddas bolagsborgenärerna framför de skadelidande aktietecknarna och till en del bolagets medkontrahenter. Det är inte självklart, att aktiebolagsinstitutet bäst försvaras genom att bolagsborgenärerna erbjuds skydd; här saknas empiriskt underlag. Gruppen av skadelidande är emellertid i regel icke helt utan remedier, eftersom stiftare, styrelseledamöter, och övriga bolagets ställföreträdare fortfarande kan göras skadeståndsansvariga. (Jfr Karlgren, *op. cit.* s 198 f.) Samtidigt tycks emellertid Karlgren vara av uppfattningen, att utfallet i 1936 års avgörande skulle på något sätt följa av rättslogiska resonemang, se Karlgren, *op. cit.* s 209 f., när föreställningen, att bolagets försäljning av egna aktier principiellt står nära en emission av aktier av Karlgren avvisas med påståendet, att den saknar "varje fog". Varför utfallet i 1936 års avgörande skulle vara mer logiskt betingad än utgången i 1935 års fall synes inte utan vidare kunna förklaras. Härtill kommer svårigheten att se det rationella i att i ogiltighets- och ansvarshänseende skilja mellan aktieteckning och bolagets försäljning (eller förvärv) av egna aktier.

Olika *förmedlande ståndpunkter* har avhandlats. Så t.ex. skulle det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet såvitt gäller aktieteckningens ogiltighet endast slå ut de s.k. svagare ogiltighetsgrunderna, dvs. företrädesvis sådana grunder som kan göras gällande mot en ondtroende

medkontrahent. Det synes finnas en allmän acceptans i doktrinen för att de *starka ogiltighetsgrunderna* (sådana som i princip är oberoende av god tro) skall ha företräde framför det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet (se Karlgren *op. cit.* s. 200 f. och af Sandeberg *op. cit.* s. 275 med hänvisningar). Vidare har framförts synsättet, att de avtalsrättsliga ogiltighetsgrunderna (inklusive de svaga) endast skall vika för borgenärsskyddet i den mån ogiltigheten och vidhängande skadeståndsskyldighet medför ett intrång i bolagets bundna kapital (alternativt aktiekapital); *ogiltigheten* – och skadeståndsansvaret – skulle därmed vara *partiell*. Synsättet synes inte ha vunnit gehör i något läger (jfr senast SOU 2001:1 s. 269). En princip av sådan beskaffenhet är också rättsteoretiskt svår att motivera; dessutom möter den praktiska tillämpningssvårigheter.

I syfte att jämka rättsverkningarna av principen om borgenärsskyddets företräde har slutligen olika meningar framförts om betydelsen av att aktiekapitalet eller kapitalökningen *registrerats* innan ogiltigheten görs gällande. Tanken härvid skulle vara, att ogiltighet som görs gällande före registrering slår ut borgenärsskyddet. Mot en sådan lösning har anförts, att borgenärerna är lika skyddsvärda före som efter registreringen, särskilt som de vid bl.a. kreditbedömning har att ta hänsyn till *faktisk* kapitalökning, och icke den sedermera *registrerade* kapitalökningen (jfr Danielsson, Aktiekapitalet s. 79 ff., Nial, Om aktiebrev s. 95 f., ävensom Nial, Aktiebolagsrättsliga studier s. 185). Danielssons analys (*op. cit.*) leder till att registreringen saknar relevans för ogiltighetsfrågan. Nial (*op. cit.*) förefaller hysa en annan uppfattning. af Sandeberg (s. 275) framhåller registreringen som den "mest rimliga tidpunkten" före avgränsningen av bolagets ogiltighets- och – får det antas – skadeståndsansvar. Det förefaller generellt problematiskt att dra slutsatser om bolagsborgenärernas befogade förväntningar om faktiska kapitalökningar före den avgörande registreringen. Såväl Karlgrens som Danielssons slutsats tycks förhastad och föga verklighetsförankrad.

Utslagsgivande för synen på bolagets ansvar är enligt min mening emellertid att den analys som leder fram till ovan redovisade slutsats härom inte beaktar systematiken i aktiebolagslagen i övrigt.

10. Aktietecknings ogiltighet och bolagets skadeståndsansvar

Om de ovan redovisade grundsatserna om ogiltighet av aktieteckning skall betecknas som gällande rätt, bör de vara åtminstone kontextuellt koherenta med övriga normer i ABL. Det kan t.ex. ifrågasättas hur väl grundsatserna kan förenas med bestämmelserna i ABL 4:13, 7:5 och 7:10. Av den förstnämnda bestämmelsen följer, att sedan en aktiekapitalökning är registrerad, skall registreringsmyndigheten efter bolagets hörande registrera nedsättning av aktiekapitalet med det sammanlagda nominella beloppet av ej betalda aktier. De aktier som ej betalats blir ogiltiga när nedsättningen registreras. På i princip motsvarande sätt skall aktier som inte avyttrats inom den i ABL 7:5 eller 7:10 stadgade tidsperioden förklaras ogiltiga, varefter bolaget skall nedsätta aktiekapitalet med aktiernas nominella belopp. Den uppenbara effekten av de föreskrivna åtgärderna är att bolagets bundna egna kapital i enlighet med vad som registrerats tas i anspråk på grund av aktiernas ogiltighet och nedsättning av aktiekapitalet. Visserligen är nedsättningen och ogiltigheten i dessa fall inte ett resultat av aktietecknares eller aktieförvärvares anspråk på ogiltighet eller skadestånd – fastmera är fråga om en bolagsrättslig nödlösning för att korrigera underlåtenhet att inbetala teckningsbelopp eller avyttra aktier – men från borgenärsskyddssynpunkt förefaller skadan vara väl så stor vid en tillämpning av de ifrågavarande bestämmelserna som när aktietecknaren ges rätt till skadestånd eller – med framgång – gör gällande ogiltighet. Det kan också diskuteras hur väl de nämnda grundsatserna harmonierar med möjligheten att nedsätta aktiekapital eller bunden fond mot förlust (se nedan VIII:7).

I linje med gällande rätts lösning att lägga ansvaret på styrelseledamöter och andra bolagets ställföreträdare för oriktiga uppgifter i prospekt, m.m., skulle det inte vara uteslutet att bolagets bundna kapital och borgenärer skyddades genom att nämnda ställföreträdare gjordes ansvariga för ej inbetalda belopp eller underlåtenheten att avyttra aktier enligt nyssnämnda bestämmelser. Såvitt är bekant har emellertid sådana lösningar ej ens övervägts. (Ett mera allmänt remedium utgör dock ABL 15:1.)

Enligt *Lagförslaget* 12:4, 1 st., 2 p., skall aktiebolag ges möjlighet att nyemittera aktier och härvid enligt beslut av bolagsstämman självständigt fördela tillskottskapitalet mellan bolagets bundna och fria egna

kapital. Det säger sig självt att bolagsborgenärerna inte behöver skyddas om tillskottskapitalet helt eller delvis skall utgöra bolagets fria egna kapital. I sådana fall borde det inte föreligga några hinder för att förklara aktieteckningen ogiltig eller att ge aktietecknaren rätt till skadestånd. I Lagförslaget 12:23 har tillförsäkrats, att det registrerade aktiekapitalet grundas på "full och godtagbar betalning" för emitterade aktier. Vid ytterligare inbetalningar på grund av en och samma emission kan sedan tilläggsregistreringar göras, men avsikten är att registreringskapitalet skall motsvara vad som *faktiskt* inbetalats på grund av aktieteckningen vid emission. Grundläggande har varit att enligt Lagförslaget det är principiellt felaktigt att ett aktiebolag kan stå registrerat för ett aktiekapital som är större än vad som faktiskt har inbetalts till bolaget i samband med en emission (se SOU 1997:22).

Borgenärsskadan förefaller vara densamma, oavsett om underlaget för det bundna kapitalet reduceras på grund av aktieteckningens ogiltighet eller nedsättning till följd av betalningsunderlåtenhet enligt ABL 4:13, 2 st. eller som en följd av underlåtenhet att avyttra aktier enligt ABL 7:5 och 10. Det får väl betecknas som något av en anomali att en aktietecknare som svikligen förletts till aktieteckning av bolaget på grund av oriktig information i bolagets årsredovisningshandlingar, prospekt, etc. inte har några remedier *mot bolaget* av borgenärsskyddsskäl – med hänvisning till det bundna kapitalets helgd – samtidigt som aktietecknares underlåtenhet att betala för tecknade aktier med i det närmaste automatik skall leda till en nedsättning av aktiekapitalet, samt underlåtenheten att avyttra aktier inom föreskriven tid eller otillåtna förvärv av egna aktier skall leda till akties ogiltighet och nedsättning av aktiekapitalet.

På samma sätt som vid utebliven betalning och otillåtet förvärv (eller underlåtenhet att avyttra) skulle väl kunna föreskrivas, att ogiltighet av aktieteckning eller utbetalning på grund av skadeståndsskyldighet för bolaget skall leda till nedsättning av aktiekapitalet.

Grundsatsen om att aktietecknare icke kan (med framgång) göra gällande ogiltighet eller skadestånd mot bolaget på grund av oriktiga uppgifter, m.m., får också anses vara tillämplig på bolagets *emissionsgarantier*, eller s.k. *indemnities*, avsedda t.ex. att garantera styrelseleda-

möternas eller verkställande direktörens, eller olika förmedlares (underwriters) fullgörelse av en eventuell skadeståndsskyldighet, dvs. alla åtaganden från bolagets sida som kan leda till att bolaget blir slutligt betalningsskyldigt för fel i prospekt eller liknande. En garanti eller indemnity kan i sistnämnda fall avse förmedlarens ansvar för egen eller emittentbolagets handlingar. Det kan t.o.m. ifrågasättas om bolagets betalningar för premier avseende t.ex. ansvarsförsäkringar, som omfattar ställföreträdares prospektansvar, kan godtas med en sådan grundsats.

Den lösning som slutgiltigt väljs såvitt gäller aktieteckningens ogiltighet och bolagets skadeståndsansvar är, såsom ovan omtalats, inte logiskt given, utan avhängig av utfallet av en intresseprövning. Det intresse som har motiverat grundsatsen är borgenärsskyddet. Borgenärsskyddet ligger främst i principerna om skyddet av bolagets bundna kapital och utbetalningsförbudet. Upprätthållandet av borgenärsskyddet har ansetts viktigt för aktiebolagets funktion och tillträde till kreditmarknaden. Mot borgenärsskyddet har tidigare, framförallt så som intresseprövningen kommit till uttryck i 1935 års rättsfall, vägts intresset av att skydda den enskilde investeraren. Men på samma sätt som ett aktiebolags faktiska borgenärer skall ses som en del av hela borgenärskretsen, skall den enskilde investeraren betraktas som en företrädare för hela kapitalanskaffningsmarknaden. (Redan i Karlgrens artikel i SvJT 1938 s. 199 uppmärksammades detta i och för sig självklara förhållande.) Att utfallet av en sådan intresseprövning är långtifrån självklart, visar sig icke minst i den vacklande syn och de olikheter i bedömning som förekommer i andra rättssystem (se härom t.ex. SOU 2001:1 s. 264 f. och af Sandeberg, Prospektansvaret s. 276 f. och 286 f. Jfr. även beskrivningen av intressekollisionen i Karlgrens artikel SvJT 1938 s. 198 f.). Alltför stora växlar kan väl sedan inte dras av det förhållandet att borgenärsskyddet i form av skyddet av bolagets bundna kapital är under avveckling i vissa amerikanska delstater, särskilt i beaktande av att borgenärsskyddet i amerikansk rätt tar sig andra, extensiva uttryck, t.ex. i skepnaden av åtskilliga undantag till principen om att aktieägare icke svarar för bolagsförbindelser, dvs. undantag i form av ansvarsgenombrott. Här föreligger avsevärda systemskillnader.

För ett fungerande aktiebolag är såväl borgenärsskyddet som kapitalanskaffningsmarknaden av stor vikt. Det är förenat med stora svårigheter att bedöma vilket intresse som skall väga tyngst. Såsom stöd för att intresset av en kapitalanskaffningsmarknad skall vika för borgenärsintresset kan knappast anföras, att det förstnämnda intresset är tillgodosett genom bolagsorganens skadeståndsrättsliga (eventuellt straffrättsliga) ansvar (se t.ex. Karlgren, SvJT s. 199: "Till stöd för att de sistberörda hänsynen [dvs. till aktietecknare och investerare] likväl icke bör överväga kan emellertid framhållas, att desamma kunna, låt vara endast i viss grad, beaktas på annan väg än genom aktieteckningens ogiltighet: Straffrättsligt ansvar och personlig skadeståndsskyldighet för vederbörande bolagsorgan." Fotnot utelämnad.) Borgenärsskyddet upprätthålls ju som bekant icke endast genom skyddet av bolagets bundna kapital utan också genom olika former av personligt ansvar för bolagsorganen. Under alla förhållanden finns inga hinder för att borgenärerna skyddas genom att bolagsorganen görs skadeståndsskyldiga (och eventuellt straffrättsligt ansvariga). Olika förmedlande lösningar är också möjliga, varigenom de olika intressena tillgodoses i möjligaste mån.

Lagförslaget innebär ett införande av principen, att ett aktiebolag skall bli skadeståndsskyldigt mot sina aktieägare eller den som i väsentlig mån är att likställa med sådana aktieägare, när deras anspråk hänför sig till teckning eller förvärv av aktier (eller andra fondpapper) som utgivits av bolaget enligt ABL 4:18 och det förekommit fel eller brister i prospekt härför. Någon begränsning till bolagets fria egna kapital föreslås inte gälla. Med emissionsprospekt skall likställas erbjudandeprospekt som upprättas vid aktieägares utförsäljning. Den skadeståndsrättsliga principen skall emellertid begränsas i vissa avseenden. Skadeståndsansvaret skall endast omfatta de emissionssituationer som enligt lag utlyser *skyldighet att upprätta prospekt.* Rätt till skadestånd skall tillkomma aktietecknaren, om felaktigheterna eller bristerna i prospektet beror på bolagets vårdslöshet (eller uppsåtliga handlande). Samma rätt skall gälla den som köpt aktier eller fondpapper från aktieägare, om köpet skett genom anmälan i ett av bolaget upprättat erbjudandeprospekt. I båda fallen skall skadeståndsansvaret gälla, oaktat att värdepappersinstitut anlitas för att placera papperen på marknaden.

Förslaget vilar på överväganden om kolliderande intressen, där allmänhetens och de professionella placerarnas förtroende för aktiemarknaden har ansetts väga tyngre än borgenärsskyddet. Lagförslaget har också påverkats av rättsläget i andra rättssystem och de oklarheter som gällande rätt har inneburit vid främst internationella emissioner.

I *Lagförslaget* knyts följaktligen bolagets skadeståndansvar till *prospektet*. För det första skall föreligga *prospekttvång*. Emissionen skall vara av viss omfattning och rikta sig till en vidare krets. Fråga kan vara om såväl emissionsprospekt som erbjudandeprospekt vid aktieägares utförsäljning. Skadan skall ha orsakats av uppsåtliga eller oaktsamma felaktigheter eller brister i prospektet.

Lagförslaget förefaller i huvudsak välbalanserat. Även om gränsdragningarna i vissa fall synes väl artificiella, har de befunnits nödvändiga. Så t.ex. uttalar Aktiebolagskommittén själv, att det sakligt sett är svårt att hävda, att de som på grund av prospekt tecknar sig för eller förvärvar aktier är mera skyddsvärda än de som förvärvar aktier av annan än bolaget eller den aktieägare som föranlett ett erbjudandeprospekt. När någon skillnad i skyddsvärde icke kan identifieras, kvarstår för kommittén endast argumentet, att skadeståndsansvaret skulle bli alltför omfattande, om det utökades till att innefatta även den sistnämnda kategorin aktieförvärvare, och ett sådant skadeståndsansvar skulle innebära ett alltför stort intrång i borgenärsskyddet.

Avgränsningen är också väl konstruerad i så måtto att skadeståndsansvaret skall grundas på ett lagstadgat prospekt. Ofta nog är de som tecknar eller förvärvar aktier i andra sammanhang, t.ex. erbjudanden från privata eller publika, icke marknadsnoterade bolag, inklusive riktade och andra emissioner, som inte förutsätter prospekt, t.ex. därför att de icke riktar sig till en vidare krets, väl så skyddsvärda som de som kommer i åtnjutande av Lagförslagets reglering. Motargumentet, att skadeståndsansvaret skulle bli alltför omfattande och riskera att rasera borgenärsskyddet, kan knappast ges full bärkraft när fråga är om riktade eller eljest begränsade erbjudanden. Fastmera har argumentet större signifikans vid erbjudande till en vidare krets, dvs. det lagreglerade området.

Ytterligare en kategori som inte omfattas av den föreslagna skyddsregeln är förvärvare och säljare av aktier på den allmänna marknaden

(den s.k. sekundärmarknaden). Om en sådan förvärvare eller säljare genomfört sin transaktion på grundval av – eller t.o.m. uteslutande som en följd av – ett prospekt eller annan av bolaget offentliggjord handling, t.ex. årsredovisningen, och det sedan visar sig att prospektet eller handlingen ifråga innehållit oriktiga uppgifter, kan bolaget inte göras skadeståndsskyldigt; de skadelidande är i stället hänvisade till att väcka talan mot medkontrahenten eller möjligen mot bolagsorganen. I linje med 1936 års fall skulle emellertid en försäljning av aktier till en bolagets mera betydande ställföreträdare kunna utlösa ett bolagets skadeståndsskyldighet, om aktierna sedermera förvärvades av bolaget och därefter pant- eller omsattes. Det är svårt att inse varför den som tecknar eller förvärvar aktier på grund av ett prospekt skulle vara mera skyddsvärd än den som föranleds att förvärva aktier på den allmänna marknaden på grund av ett prospekt eller annan av bolaget offentliggjord handling. Det förhållandet att den senare kategorin kan mötas av större svårigheter att påvisa kausalitet (och adekvat sådan) mellan bolagshandlingen och transaktionen, borde i sig inte kunna utesluta kategorin ur den skadeståndsberättigade kretsen. För det fall det föreligger bevissvårigheter, kan dessa i sig genom rättstillämpningen utkristallisera olika kategorier av skadeståndsberättigade. Huvudargumentet för kategoriklyvningen, skadeståndets omfattning och borgenärsskyddet, är emellertid inte tillräckligt övertygande.

Vid en *riktad* emission synes det totala skadeståndet i princip kunna begränsas till emissionsbeloppet. Därvid är situationen densamma som vid emissioner på grundval av lagstadgade prospekt. Skadeståndets omfattning är lika förutsebar i de båda fallen. Argumentet om skadeståndets omfattning motiverar icke en särbehandling. Mera oförutsebar är däremot skadeståndets omfattning vid handel på sekundärmarknaden. Hänsynen till bolagets (övriga) borgenärer fungerar icke som ett fullödigt argument, när frågan är om de *skadelidande* skall tillhöra bolagets *borgenärskrets*. Bolagets kvasikontraktuella ansvar för oaktsamma fel och brister i den offentliggjorda informationen i sådana fall skulle heller icke skilja sig ifrån vad som redan föreslås omfattas av Lagförslagets skyddsreglering, nämligen ansvaret för innehållet i erbjudandeprospekt, som upprättas vid aktieägares utförsäljning av aktier.

Kvar står endast den av kommittén antydda faran för att skadeståndsansvaret blir så omfattande, att bolaget på grund härav tvingas i konkurs. Betraktelsesättet förefaller göra den cynismen befogad att om ett prospekt innehåller så allvarliga brister att ett bolagets skadeståndsansvar leder till konkurs, är konkursen tvivelsutan välmotiverad. Frågan skulle i ett sådant fall vara om att inte bara den grupp av skadelidande som skall skyddas av Lagförslaget, utan även andra kategorier, trots påtagliga bevissvårigheter i vad avser kausalitet, adekvans, skada, m.m., skulle kunna avtvinga bolaget ett större skadestånd än vad bolagets ekonomiska ställning medger. Om bolaget blir skadeståndsskyldigt i angivna fall, har förmodligen bolaget så allvarliga problem (som prospektet eller andra handlingar kan antas vara avsett att dölja) att det förtjänar konkurs. Och i en konkurs har kategoriklyvningen i praktiken ingen betydelse. Farhågan för att skadeståndsansvaret kan bli synnerligen omfattande om kretsen av skadelidande vidgas, är således visserligen riktig, men synes inte kunna sammanlänkas med ett övervägande om – och förutsättningarna för – att en sådan farhåga besannas. I solida företag torde brister i prospekt, även om de är orsakade av oaktsamhet, knappast äventyra företagets existens, ej heller bolagets bundna kapital. Någon reell utredning om hur välgrundade kommitténs betänkligheter är, föreligger dessutom icke. Exempel från andra rättssystem saknas. Kategoriklyvningen bygger därmed på ett outvecklat antagande.

Under alla förhållanden borde ha övervägts om inte kategoriklyvningen kunde ha övergivits till förmån för en *beloppsbegränsning*. Så t.ex. skulle kunna beaktas möjligheten att bolagets skadeståndsansvar begränsas till emissionsbeloppet, på så vis att beloppet fördelades mellan samtliga skadelidande oavsett kategori. Om det enligt vad kommittén själv menar inte finns några *sakliga* skäl att göra skillnad mellan den ena eller den andra kategorin, synes en sådan lösning vara mer förenlig med rättvise- och likhetskrav. Vid utformningen av Lagförslaget synes ej heller ha beaktats eventuella försäkringslösningar. Det är inte uteslutet att de ansvarsförsäkringar som för närvarande ofta tecknas för styrelseledamöter och andra bolagets ställföreträdare i många fall kan antas gälla bolagets ansvar.

Lagförslaget innehåller vidare ingen särskild reglering av bolagets ansvar vid *överlåtelse eller förvärv av egna aktier.* (Överlåtelse av egna aktier synes inte kunna intolkas såsom varande omfattad av Lagförslaget.) Frågan tycks överhuvudtaget inte vara belyst av Aktiebolagskommittén. I prop. 1999/2000:34 – om förvärv av egna aktier – s. 131 nämns endast i förbigående att bestämmelserna i ABL 4:8, 4 st., saknar motsvarighet vid överlåtelse av egna aktier. Felaktigheter vid teckning i samband med överlåtelse av bolagets egna aktier – men inte vid emission av sådana – kan därför göras gällande utan tidsbegränsning (dock "inom ramen för en allmän preskriptionstid"). Uttalandet synes emellertid endast avse felaktigheter enligt nämnda stadgande, dvs. teckning "i strid mot" ABL 4:8; ingenting tyder på att Aktiebolagskommittén övervägt andra felaktigheter, t.ex. fel ledande till ogiltighet, skadestånd, etc. Det kan visserligen inte uteslutas, att kommitténs inställning varit, att frågan om att bolaget har ett skadeståndsansvar i sistnämnda fall är så självklar att den inte tarvar belysning; att inställningen varit sådan förefaller dock osannolikt. Högsta domstolens avgörande NJA 1936 s. 527 vilar på alltför speciella omständigheter för att kunna ge otvetydig vägledning i frågan. Såsom ovan berörts, har också utfallet i avgörandet ifrågasatts som oförenligt med NJA 1935 s. 270. Ett klargörande från kommitténs sida hade varit befogat.

Ett bolags *överlåtelse* av egna aktier träffas av samma prospektkrav som en emission (se ABL 7:21), om inte överlåtelsen sker över börs i enlighet med ABL 7:18. Ett bolagets förvärv av egna aktier skall föregås av ett bolagsstämmobeslut i en i ABL 7:12–16 reglerad ordning vad gäller bl.a. informationen till aktieägarna. Någon saklig skillnad i skadeståndsrättsligt hänseende mellan dem som förvärvar bolagets aktier av bolaget självt och dem som deltar i en tillskottsemission kan icke skönjas. Detsamma gäller den "omvända" emissionen, när bolaget förvärvar egna aktier. Förvärvet eller överlåtelsen grundas på prospekt eller på prospektliknande handlingar. Fråga är också om inomobligatoriskt skadestånd. Det maximala skadeståndsbeloppet är dessutom någorlunda förutsebart. Även dessa kategorier av potentiellt skadelidande bör således tillhöra gruppen av skadeståndsberättigade. Måhända

förhåller det sig så, att i dessa fall förutsätts sedvanliga, obligationsrättsliga principer bli tillämpliga med hänvisning till NJA 1936 s. 527?

I Aktiebolagskommitténs utredning och lagförslag saknas också besked om *ogiltighet* av aktieteckning och aktieförvärv. Den i Sverige hittills härskande uppfattningen, grundad på NJA 1935 s. 270, att bolaget inte är skadeståndsskyldigt gentemot aktietecknare eller förvärvare av aktier av *annan än* bolaget självt på grund av oriktig, av bolaget offentliggjord information, är ju, såsom Karlgren betecknar saken (se SvJT 1938 s. 201) en "uppenbar" följd av principen, att en aktieteckning icke kan förklaras ogiltig endast på grund av förekomsten av svaga ogiltighetsgrunder. Om nu denna skadeståndsrättsliga princip åtminstone delvis överges, skall detsamma gälla också principen om aktieteckningens immunitet mot ogiltighet? Kanhända är det så Aktiebolagskommittén har resonerat, nämligen att det ena är en logisk följd av det andra. Slutsatsen är emellertid långtifrån given. Ogiltighetspåföljden kan *in casu* få långt vidare konsekvenser än en rätt till skadestånd. Mera sällan får en rätt till skadestånd antas ta i anspråk hela emissionsbeloppet; ogiltighetspåföljden leder oundvikligen härtill. En konsekvens, om än måhända icke uppenbar, av att de skadelidande ges rätt till skadestånd, är emellertid att såväl starka som svaga ogiltighetsgrunder skall gälla. Ogiltighetspåföljden borde därmed bli ett alternativ till skadeståndet. Den återgång av prestationen som följer ogiltigheten borde också vid emissioner, om aktiekapitalökningen registrerats, leda till en nedsättning av aktiekapitalet på samma sätt som underlåtenheten att betala för eller avyttra aktier eller vid otillåtna förvärv av egna aktier (se ABL 4:13 och 7:5 och 10). Den slutgiltiga lösningen kan sedan självfallet komma att variera på grund av andra, rättspolitiska hänsyn.

11. Konsekvensbedömning av de föregående avsnitten 7, 9 och 10

En sammanställning av avsnitten 7 och 9–10 ovan synes ge följande resultat.

1. En *aktieteckning* vid bolagsbildning eller tillskottsemission skall jämställas med *avtal*; den är bindande när formkraven härför uppfyllts. Utslagsgivande för formkraven synes vara den skriftliga teckningen på stiftelseurkund, teckningslista eller i förekommande fall bolagsstämmoprotokoll, alternativt för avstämningsbolag betalningen (ABL 4:8, 2 st.). Motsvarande gäller vid *nyteckning* enligt ABL 5:12, och överlåtelse av egna aktier enligt ABL 7:21 (som hänvisar till ABL 4:8, 1–3 st., dock ej till stadgandets fjärde stycke). Däremot uppställs *inga särskilda formkrav* för teckning av *skuldebrev* reglerade i ABL 5 kap. eller 7:26, 2 st.
2. *Utfästelser, garantier, optioner, etc.* avseende framtida aktieteckning får antas vara *rättsligt bindande*, i vart fall i skriftlig form, *utom* såvitt gäller ett avtal med *bolaget* (under bildning eller i egenskap av emittentbolag) som medkontrahent eller eljest utfästelse i förhållande till bolaget, avsett att fylla funktionen av en aktieteckning (se NJA 1918 s. 394).
3. En bindande *aktieteckning* kan inte göras ogiltig på avtalsrättsliga grunder, åtminstone inte med hänvisning till s.k. svaga ogiltighetsgrunder (NJA 1918 s. 398). Ogiltighet kan dock självfallet följa av omständigheter i avtalsförhållanden, i vilka bolaget inte är part, t.ex. vid aktieförvärv. Sådan ogiltighet görs icke gällande mot bolaget.
4. Av slutsatsen i 3. ovan synes följa att *bolaget ej heller kan bli skadeståndsskyldigt* på grund av fel i prospekt, årsredovisningshandlingar, etc. gentemot en aktietecknare (NJA 1935 s. 270).
5. Ej heller en *förvärvare av aktier* – där överlåtaren är annan än bolaget självt – kan enligt gällande rätt vinna framgång med en skadeståndstalan *mot bolaget* (NJA 1935 s. 270). Detsamma gäller "aktieliknande" instrument i den mån sådana tillåts förekomma (se ABL 7:26, 1 st.). Utomobligatoriskt grundat skadestånd kan icke komma ifråga. Det saknas stöd för partiell ogiltighet eller skadestånd (t.ex. begränsat till fritt eget kapital).
6. Av NJA 1936 s. 527 synes emellertid följa att bolaget kan göras skadeståndsansvarigt vid bolagets egna överlåtelser (av egna eller

andra aktier) som vid vilken försäljning av bolagets tillgångar som helst.

7. *Lagförslaget* innebär ett införande av en begränsad skadeståndsskyldighet för bolaget på grund av uppsåtligt eller oaktsamt bristfälliga prospekt vid emission eller aktieägares försäljning av aktier i vissa fall.

Utgångspunkten har varit att aktieteckningen är bindande när formkraven härför uppfyllts. Att aktieteckningen är ett formalavtal har inte ifrågasatts i doktrin eller lagförarbeten. I normalfallet uppfylls formkraven simultant; i undantagsfall föreligger en latent ogiltighet intill registreringen. Det har också antagits, att formkraven är tvåfaldiga i den meningen att själva teckningen skall ske på visst sätt (i stiftelseurkund vid bolagsbildning, i teckningslista eller i vissa fall bolagsstämmoprotokoll vid tillskottsemission, eller i avstämningsbolag genom betalning) samt att före eller vid teckningen tecknaren på ett närmare föreskrivet sätt haft möjlighet att ta del av den information som bolaget skall lämna (att tecknaren sedan faktiskt inte tagit del av informationen saknar betydelse). Det sagda framgår av gällande rätt i ABL 4:8, jämfört med ABL 2:5 och 2:3, ävensom ABL 5:12 (och i 1944 års lag av 18, 20 och 58 §§). Formkraven gäller endast aktieteckning och överlåtelse av egna aktier enligt ABL 7:21. Teckning av *andra finansiella instrument* är inte underkastade formkrav, ej heller *förvärv* av aktier eller andra instrument (oavsett prospektkrav) från bolaget självt (dvs. egna aktier) eller annan. Om ett offentligt erbjudande enligt ABL 4:18 innebär inbjudan att förvärva teckningsrätter, avseende aktier i bolaget självt, ändrar inte detta på ovan gjorda slutsatser, oavsett att teckningsrätterna har en marknad, och att vissa aktieägare som tillhör säljargruppen eventuellt kan göra en vinst på köparnas bekostnad om emissionen inte fullföljs.

I *Lagförslaget* finns motsvarande reglering för tillskottsemissioner i 12:15. I motsats till gällande rätt underkastas även teckning av teckningsoptioner och konvertibler samma formkrav som aktieteckningen. (Jfr regleringen i *Lagförslaget* vid bolagsbildningen i 2 kap., om formkraven i denna tvåfaldiga mening icke tillgodoses enligt nyssnämnda bestämmelse.) Formfelet måste emellertid göras gällande av aktieteck-

naren före eller senast vid registreringstidpunkten. Enligt *Lagförslaget* följer detta av regleringen för tillskottsemissioner i 12:16, 1 st. För bolagsbildningen har en annan lösning valts: Aktieteckningen är inte bindande.

Preklusionsregeln, att formfel inte kan göras gällande av aktietecknaren efter registrering, förefaller sakna relevans vid förekomsten av andra ogiltighetsgrunder. Enligt gällande rätt synes sådana, i vart fall s.k. svaga ogiltighetsgrunder, icke kunna leda till ogiltighet oavsett om de görs gällande före eller efter registrering. Registreringen tycks på samma sätt sakna betydelse för de starka ogiltighetsgrunderna.

För aktieteckningen gäller vidare att den skall ske i enlighet med de villkor som föreskrivits i ett underliggande bolagsstämmobeslut. Till formkraven hör att detta beslut skall vara tillgängligt för aktietecknare. För teckning av skuldebrev eller vinstandelsbevis, eller anmälan om aktieförvärv, får förutsättningen i stället vara att erbjudandevillkoren är avgörande. En aktieteckning i strid med beslutsvillkoren är ogiltig, dock att ogiltigheten måste göras gällande före registreringen, vid äventyr eljest att det oförenliga villkoret inte kan åberopas av aktietecknaren (se ABL 4:8, sista st. jämfört med ABL 2:5, 2 st. Motsvarighet härtill saknas för överlåtelse av aktier enligt ABL 7:21). Har styrelsen erhållit bemyndigande att fatta beslut om nyemission, gäller vad som ovan sagts om bolagsstämmobeslutet i stället styrelsebeslutet (se ABL 4:15). Om och när ett bindande avtal uppkommer, är teckningsvillkoren självfallet ömsesidigt bindande, om annat ej uttryckligen förordnats. Ingenting synes härvid hindra, att i teckningsvillkoren (och sålunda erbjudandevillkoren) föreskrivs, att bolaget genom styrelsebeslut har rätt att *förlänga teckningstiden* (inom ramen möjligen för vad som är god sed på aktiemarknaden). Efter utgången av teckningstiden (anmälningstiden) och eventuell förlängning, är tecknarna (anmälarna) inte utan annat förbehåll bundna av teckningen. Det kan slutligen antecknas, att en överteckning kan medföra en tilldelning av aktier (enligt ABL 4:9) som inte överensstämmer med vad som förutsatts av aktietecknarna.

12. Avtalsrättslig verkan av prospekt samt giltigheten av prospekt- och emissionsgarantier

I det följande skall några följdfrågor som uppkommer i belysningen av de ovan gjorda slutsatserna behandlas i korthet, i första ledet *avtalsrättslig verkan* av ett aktiebolagsrättsligt *prospekt*, i andra ledet giltigheten av olika former av *emissionsgarantier i samband med prospekt eller tillskottsemissioner* i allmänhet.

När enligt ABL 4:18 ett *publikt* aktiebolag eller en *aktieägare i ett sådant bolag* offentliggör eller på annat sätt till en vidare krets riktar inbjudan att förvärva aktier, teckningsrätter eller de finansiella instrument som framgår av ABL 5 kap. eller ABL 7:27, föreligger skyldighet att upprätta emissionsprospekt. (Se även beträffande överlåtelse av bolagets egna aktier ABL 7:21.) Undantag görs bl.a. för emissioner under 300.000 kronor. De lagstadgade prospektkraven återfinns i ABL 4:20–26, men även i lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument och lagen (1992:543) om börs- och clearingverksamhet. (se även Finansinspektionens föreskrifter om prospekt, 1995:21). De sistnämnda lagarna vidgar prospektkravet till att omfatta börsintroduktion och senare inregistreringar av nyemitterade fondpapper. Denna prospektlagstiftning har successivt avpassats till EG:s prospektdirektiv (se t.ex. 80/390/EEG, men numera 2001/34/EG och 89/298/EEG; ett nytt direktivförslag föreligger). Finansinspektionen har till uppgift att efter Regeringens bemyndigande utforma de närmare föreskrifterna om prospektinnehåll. I *Lagförslaget* föreslås prospektbestämmelserna samlas utanför aktiebolagslagen i lagen om handel med finansiella instrument och lagen om börs- och clearingverksamhet. I syfte att bolagsledningens och revisors ansvar enligt de aktiebolagsrättsliga skadeståndsbestämmelserna (ABL 15:1–2) också skall omfatta prospektbrister, föreslås skadeståndsbestämmelserna i Lagförslaget 26:1–2 utvidgas med en hänvisning till sistnämnda lagar. (Det får anses oklart om uttrycket "denna lag" i ABL 15:1 innefattar annan lagstiftning än ABL, t.ex. sådan lag till vilken ABL hänvisar i övrigt, se dock af Sandeberg *op. cit.* s. 114.)

Skadeståndsansvaret enligt ABL 15 kap. avser företrädesvis ren förmögenhetsskada. Det förutsätter inte att skadan hänför sig till kontraktsförhållande. För det fall *aktiebolaget* skall göras ansvarigt för brister i prospekt, blir inte bestämmelserna i ABL 15 kap. *direkt* tilllämpliga. Det är inte klarlagt, huruvida en analog tillämpning av bestämmelserna – t.ex. "enligt grunderna för ABL 15 kap." (se RH 1984:28) – är möjlig (se härom t.ex. Samuelsson, Information och ansvar s. 266 ff. och 273 ff., som tycks ställa sig positiv härtill; jfr dock Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 307 f.). Självfallet kan principalansvar enligt skadeståndslagen 3:1 förekomma. Ett utomobligatoriskt, bolagets prospektansvar synes närmast vila på ansvar för ren förmögenhetsskada enligt skadeståndslagen 2:4. I övrigt får bolaget skadeståndsansvar för prospektbrister grundas på avtal, "kontraktsliknande" eller pre-kontraktuella förhållanden, inklusive doktrinen om *culpa in contrahendo*.

Såsom konstaterats ovan, kan enligt gällande rätt ett aktiebolag emellertid icke bli skadeståndsansvarigt på kontraktsrättslig eller kontraktsliknande grund för prospektbrister eller över huvud på grund av informationsbrister i samband med vissa erbjudanden. (Undantaget är möjligen det fall då bolaget överlåter eller förvärvar egna aktier eller – av uppenbara skäl – aktier i annat bolag, jfr NJA 1936 s. 527.) Av samma skäl som motiverar denna frihet från skadeståndsansvar, kan skadeståndsskyldighet ej heller aktualiseras på utomobligatoriska grunder (jfr Karlgren SvJT s. 202). För den händelse s.k. starka ogiltighetsgrunder undantagsvis ändå kan göras gällande, förefaller i vart fall ett bolagets utomobligatoriska ansvar för skada som orsakas av brottslig verksamhet kunna upprätthållas.

Ett skadeståndsansvar för aktiebolaget för informationsbrister på *kontraktsrättslig* grund vid tillskottsemissioner synes icke utan vidare kunna förenas med synen på aktieteckningen som ett *formalavtal*. Med de formkrav som ställs på aktieteckningen kan skilda preliminärer i form av prospekt och dylikt knappast avtalsrättsligt ges bindande verkan. I ett sådant perspektiv kan prospektet icke ses som ett bindande anbud, utan på sin höjd som en allmän "uppfordran" till aktieteckning. Om sedan prospektet efter uppfyllande av formkrav blir avtalsinnehåll helt eller delvis, kan ett bolagets skadeståndsansvar för prospektbrister

i princip vara inomobligatoriskt. Av slutsatserna ovan om gällande rätt följer emellertid, att varken ogiltighet (på svaga grunder) eller skadstånd kan komma ifråga vid aktieteckning. Vad ovan anförts om utfästelser och garantier före aktieteckningen avser uteslutande andra avtalsparter än bolaget (se avsnitt 9 ovan och jämför NJA 1918 s. 394). Avgörande för utgången i RH 1995:57, där enligt hovrätten ett erbjudande till en bestämd krets avseende annat än aktier (konvertibla skuldebrev med vinstandel) var bindande, synes inte uteslutande ha varit att erbjudandet riktades till en *bestämd krets* (dvs. en förutsättning för ett bindande anbud), utan också att för de *ifrågavarande* finansiella instrumenten icke uppställs särskilda formkrav. (af Sandeberg, *op. cit.* s. 266, tycks inte ha uppmärksammat sistnämnda förhållande.)

Det sagda innebär bl.a. att ett prospekt för aktieteckning icke ens kan betecknas som ett bindande anbud när det riktas till en *bestämd* adressatkrets. af Sandebergs slutsats av undersökningen av denna fråga i monografin "Prospektansvaret" (s. 267), att "aktieteckning grundar ett rättsförhållande" mellan aktietecknare och bolaget, blir tämligen intetsägande mot bakgrund av det anförda. Det förhållandet, att ett prospekt för aktieteckning avtalsrättsligt icke kan kvalificeras som ett bindande anbud har måhända sedan mindre praktisk betydelse: Visserligen är ett aktiebolag icke aktiebolags- eller avtalsrättsligt skyldigt att fullfölja ett erbjudande enligt ett prospekt för aktieteckning, ej heller enligt prospekt för andra ändamål, om detta riktas till en obestämd krets, men de reella konsekvenserna i form av badwill och svårigheter inför framtida erbjudanden utgör ett starkt avhållande moment i vad avser återkallelse. De omständigheter som prövades i Aktiemarknadsnämndens uttalande 2000:20 är illustrerande.

Uttalandet gällde ett av Perstorp Intressenter AB (kontrollerat av IndustriKapital AB) den 10 april 2000 offentligtgjort erbjudande om *förvärv* av samtliga aktier och konvertibla skuldebrev utgivna av Perstorp AB. Fråga var således inte om ett emissionserbjudande. Adressatkretsen var emellertid så obestämd, att erbjudandet rättsligt icke kunde kvalificeras som ett bindande anbud. Erbjudandet var dessutom villkorat i skilda hänseenden, bl.a. av att erbjudandet "accepterades" i stipulerad utsträckning, att erforderliga myndighetstillstånd, häribland till-

stånd av konkurrensmyndigheter, erhölls, och under rubriken "Finansiering" dessutom att finansieringen av förvärvet inte omintetgjordes på grund av att målbolagets (dvs. Perstorp AB:s) verksamhet och finansiella ställning i väsentlig omfattning påverkades negativt innan erbjudandet fullföljdes. Det för erbjudandet gällande prospektet innehöll samma villkor.

På grund av EG-kommissionens fördjupade konkurrensprövning förlängdes anmälningsperioden vid tre tillfällen, och slutligen till den 29 september 2000. Den 28 september 2000 meddelade Perstorp Intressenter AB att erbjudandet inte skulle fullföljas, bl.a. med hänvisning till att förutsättningarna för erbjudandet "väsentligt förändrats". Härvid åberopades företrädesvis ovannämnda finansieringsvillkor om väsentligt negativ påverkan av målbolagets verksamhet och finansiella ställning. Efter anmälningsperiodens utgång informerade Perstorp Intressenter i ett separat pressmeddelande av den 2 oktober 2000 bl.a. att förvärvsfinansieringen på grund av den negativa utvecklingen i målbolaget inte längre "var tillgänglig". Vad Perstorp Intressenter AB på så sätt tillkännagav förefaller i princip ha varit verklighetsförankrat, men prövades inte särskilt av Aktiemarknadsnämnden.

De frågor som Aktiemarknadsnämnden hade att pröva i anledning av anmälan kretsade inte kring erbjudandets eller prospektets avtalsrättsligt bindande karaktär, utan fastmera huruvida återkallelsen, grunderna härför och ovan omtalade finansieringsvillkor var förenliga med god sed på aktiemarknaden.

Enligt Aktiemarknadsnämnden är det en allmän utgångspunkt, att en budgivare har rätt att avbryta ett erbjudande om ett villkor ej är uppfyllt. *God sed på aktiemarknaden* kräver emellertid att ett beslut om ett sådant avbrott grundas på en närmare prövning, innebärande att budgivaren "noga överväger betydelsen av att ett uppställt villkor inte uppfylls och prövar om det som hänt motiverar att budet avbryts". Vidare kan, enligt vad Aktiemarknadsnämnden betecknar som en "allmän lojalitetsprincip" vid kontraktuella och pre-kontraktuella förhållanden, *god sed* anses kräva, att budgivaren aktivt undersöker möjligheten att själv bidra till att villkoret uppfylls, särskilt om ett avbrytande av budet är – eller skulle kunna uppfattas vara – till budgivarens fördel. Vidare kon-

staterade Aktiemarknadsnämnden att ett finansieringsvillkor av i ärendet aktuellt slag, nämligen att budet villkoras av att förvärvsfinansieringen kvarstår vid tidpunkten för affärens genomförande, i och för sig var godtagbar såsom varande tillräckligt preciserat och objektivt. Aktiemarknadsnämnden kritiserade emellertid Perstorp Intressenter för att dels i sitt första pressmeddelande av den 28 september 2000 inte ha varit tillräckligt tydligt beträffande bolagets inställning till fullföljandet av erbjudandet, dels att bolaget i förhållande till de finansiärer som återtagit sina kreditlöften på grund av den negativa utvecklingen i Perstorp AB inte försökt att förhindra återtagandet, erhålla krediterna på modifierade villkor eller vidta någon annan åtgärd för att rädda erbjudandet. I sistnämnda hänseende fann Aktiemarknadsnämnden att Perstorp Intressenter AB inte "visat", att bolaget "tillgodosett den lojalitetsplikt som från synpunkten av god sed på aktiemarknaden måste gälla för en budgivare i den uppkomna situationen". Det centrala i Aktiemarknadsnämndens uttalande synes följaktligen vara, att god sed på aktiemarknaden uppfylls genom ett iakttagande av en allmän lojalitetsplikt mot dem till vilka erbjudandet riktas.

En allmän lojalitetsprincip i kontraktuella och pre-kontraktuella förhållanden av det slag som Aktiemarknadsnämnden till stor del grundar ovan refererade uttalande på, motsvarande vad som uppfattas som god sed på aktiemarknaden, har väl knappast vunnit någon stadga i svensk doktrin eller rättspraxis. Domskälen i NJA 1990 s. 745 synes inte kunna ge stöd för en så omfattande aktivitetsplikt som Aktiemarknadsnämnden innefattar i lojalitetsprincipen (se Kleineman i JT 1991/92 s. 132 ff.). Den underlåtenhet att underrätta förhandlingsmotparten som förekom i fallet motsvaras möjligen av Perstorp Intressenters otydliga information i det första pressmeddelandet. Den i förhållande till nämnda rättsfall utsträckta lojalitetsprincipen i pre-kontraktuella rättsförhållanden som Aktiemarknadsnämnden ger uttryck för i sitt uttalande kan måhända bäst förklaras av att fråga var om att fastställa eller utveckla god sed på aktiemarknaden och icke att pröva bolagets skadeståndsskyldighet.

Till frågan om ett prospekts eller i övrigt offentligt erbjudandes avtalsrättsligt bindande verkan ger de ifrågavarande uttalandet inget extra. För det fall det antas, att ett offentligt erbjudande avseende *för-*

värv av aktier (till skillnad från aktieteckning) i vissa situationer, t.ex. när adressatkretsen är mera bestämd (se t.ex. André, Marknadsföringsansvar s. 421 ff.), är avtalsrättsligt bindande, är det inte uteslutet att en sådan slutsats kan läggas till grund för större krav på budbolaget. Å andra sidan förefaller i vart fall i det refererade uttalandet Aktiemarknadsnämnden inte fästa något utslagsgivande avseende vid denna avtalsrättsliga fråga; god sed på aktiemarknaden och den allmänna lojalitetsprincip som Aktiemarknadsnämnden hänvisar till medför såvitt kan förstås väsentligt mera långtgående skyldigheter för budbolaget än vad en rimlig avtalstolkning av budvillkoren ger vid handen.

Vid *aktieteckning* torde således prospektet i sig inte grunda kontraktsförhållande. Om bolaget överhuvudtaget skall göras skadeståndsskyldigt för prospektbrister, måste därför ett sådant ansvar grundas på principerna om *culpa in contrahendo* (pre-kontraktuellt ansvar) eller skall – om emissionen fullgörs – prospektet ses som en del av avtalet. Vid tilllämpningen av dessa principer måste också beaktas, att i allmänhet utrymmet för skadestånd kan vara mera begränsat än i kontraktsförhållanden, med utgångspunkt i det negativa kontraktsintresset. Återigen måste understrykas, att gällande rätt i princip utesluter skadeståndansvar för *bolaget* för brister i emissionsprospektet oberoende av om skadeståndsskyldigheten grundas på kontraktsrättsliga, pre-kontraktuella eller helt utomobligatoriska förhållanden.

I den sist givna belysningen kan möjligen Aktiemarknadsnämndens uttalande 2000:20 ges en särskild relief. Tyngdpunkten i den fråga som prövades av Aktiemarknadsnämnden, såsom den formulerats av anmälarna, var om Perstorps Intressenters "återtagande av det offentliga erbjudandet" var förenligt med god sed på aktiemarknaden. Enligt frågeformuleringen innefattades inte explicit frågan, huruvida Perstorps Intressenters eventuella *avtalsavvikelse* (dvs. frångåendet av ett visserligen villkorat men bindande avtal avseende förvärv av aktier) stod i överensstämmelse med avtalsvillkoren. Det får emellertid antas att denna fråga konsumerades av den mera allmänna frågan, som Aktiemarknadsnämnden hade att ta ställning till, dvs. om återkallandet av erbjudandet var förenligt med god sed. Under alla förhållanden ligger den slutsatsen nära till hands, att avvikelsen visserligen var avtalsenlig,

men i strid med god sed på aktiemarknaden. Såvitt gäller frågeformuleringen i Aktiemarknadsnämndens uttalande 2000:20 måste skiljas mellan god sed på aktiemarknaden vad gäller prospektinnehållet som sådant, varvid principen om *culpa in contrahendo* eller andra principer i pre-kontraktuella förhållanden kan bli tilllämpliga, uppfyllandet av åtagandena däri och avtalsrättsliga skyldigheter; föreligger ett bindande avtal är ansvaret kontraktsrättsligt grundat.

Ståndpunkten, att aktiebolaget inte kan göras skadeståndsskyldigt för prospektbrister eller andra fel i samband med emissioner, erbjudanden, etc. för, såsom ovan konstaterats (med undantag av överlåtelse av egna aktier, och möjligen förvärv av sådana, vilka emellertid inte underkastas prospektkrav), också med sig att bolaget icke kan göras ersättningsskyldigt på grund av *prospekt- eller emissionsgarantier*, s.k. indemnities och liknande åtaganden gentemot tecknare eller förvärvare. Skadeståndsskyldigheten kan inte substitueras av en ersättningsskyldighet av i princip samma rättsliga innebörd, även om den senare är beloppsbegränsad. Grundsatsen kan emellertid inte tillämpas urskiljningslöst. Förhållandena *in casu* kan vara sådana, att ett bolagsåtagande i vart fall delvis har rättsverkan. En emissionsgaranti kan, allt efter omständigheterna, vara avsedd att täcka samtliga informationsbrister, inklusive fel i prospekt, bilagor härtill, om faktiska eller prognosticerade förhållanden, eller endast avse vissa, specifika förhållanden. Garantin kan omfatta all tillfogad skada eller endast delar därav eller vara beloppsbegränsad. Den kan givetvis vara villkorad på olika sätt. I regel får den anses vara underkastad svensk rätt. I praktiken utfärdas ofta garantier i den mån svensk lag så medger. Om annat inte föreskrivits, får garantin anses begränsad till s.k. ursprungliga fel, hänförliga till viss tidpunkt, och sålunda ej inbegripa avvikelser på grund av senare inträffade omständigheter, låt vara att den gränsdragningen stundom kan vara delikat. Bevisbördan för att en avvikelse inte är ursprunglig skall måhända åvila garanten.

I praktiken synes garantierna utfärdas i separata förbindelser eller s.k. side-letters. Existensen av garantier förefaller ytterst sällan påverka registreringsmöjligheterna eller förutsättningarna härför.

1. Om ett *publikt aktiebolag* i eller i samband med ett emissionsprospekt enligt ABL 4:18 utfärdar en emissionsgaranti, avsedd att medföra ersättningsskyldighet för bolaget vid förekomsten av prospektbrister i stället för eller jämte styrelsen, synes en sådan emissionsgaranti enligt gällande principer inte kunna ges rättsverkan. Detsamma får anses gälla emissionsprospekt avseende skuldebrev eller optionsbevis enligt ABL 5:16 eller vinstandelsbevis enligt ABL 7:27. Någon principiell skillnad bör inte föreligga beträffande prospektkrav enligt annan lagstiftning (lagen 1991:980 om handel med finansiella instrument och lagen 1992:543 om börs- och clearingverksamhet), oaktat eventuell oklarhet om styrelsens skadeståndsskyldighet enligt ABL 15:1 vid brister i sådana prospekt (dvs. frågan om uttrycket "denna lag" även innefattar sistnämnda lagar).
2. Vad ovan i 1 p. sagts om emissionsgarantier och liknande åtaganden gäller givetvis också i det fallet där ett publikt bolag utfärdar en garanti i samband med att en *aktieägare* i ett sådant bolag genom bolaget erbjuder marknaden aktier. Detsamma gäller skuldebrev, optionsbevis och vinstandelsbevis enligt ABL 5:16 och 7:27.
3. Vid överlåtelse av egna aktier med prospektkrav enligt ABL 7:21 förefaller NJA 1936 s. 527 innebära att bolaget kan göras skadeståndsskyldigt, varför också prospektgarantier borde kunna ges rättsverkan. Vid förvärv av egna aktier saknas prospektkrav, men skadeståndsskyldighet för bolaget kan likväl föreligga och erbjudandegarantier eller liknande ges rättslig verkan.
4. När ett privat aktiebolags erbjudande inom ramen för vad som är medgivet i ABL 1:4 är förenat med ett åtagande i samma syfte som enligt 1 p. ovan, bör detta inte ha större rättsverkan än publika aktiebolags garantier. Detsamma torde gälla vid olovlig inbjudan till allmänheten, dvs. utöver vad ABL 1:4 medger, *och* i strid med straffbestämmelsen i ABL 19:1. Enligt förarbetena (prop. 1975:1385 s. 86 f.) är straffsanktionen inte kombinerad med en ogiltighetspåföljd (en sådan har inte ansetts lämplig med hänsyn till "godtroende förvärvare", men inte ens förvärv i ond tro träffas av ogiltighet; *Lagförslaget* innebär ingen ändring i denna del). En

ogiltighetspåföljd skulle uppenbarligen kunna få allvarliga konsekvenser, särskilt som skadeståndskrav icke med framgång kan riktas mot bolaget. Erbjudanden enligt 3 p. ovan har för privata bolag mindre praktisk betydelse, men i den mån sådana förekommer – och är giltiga – gäller vad i 3 p. ovan anförts om garantier i samband med erbjudandena.

5. Vid erbjudanden om aktieteckning. förvärv, etc. till allmänheten förekommer regelmässigt att erbjudandebolaget överväger att utfärda garantier gällande prospektets riktighet till förmån för medverkande värdepappersinstitut (s.k. emissionsinstitut eller underwriters). Aktiebolagskommittén har i betänkandet SOU 2001:1 (s. 265 f.) uppmärksammat det problematiska kring sådana garantier enligt gällande rätt, och till synes företrädesvis av det skälet föreslagit införandet av bestämmelser om ett bolagets skadeståndsskyldighet. När värdepappersinstitut (svenska eller utländska) medverkar i offentliga erbjudanden, förbinder sig de i regel att teckna eller förvärva samtliga (eller delar av) de aktier eller andra finansiella instrument som är i fråga. Ett naturligt motkrav härvidlag är att erbjudandebolaget utfärdar en prospektgaranti, eller s.k. indemnity, avsedd att täcka institutens ansvar mot investerarna. Ett ansvar av detta slag för erbjudandebolagets informationsbrister synes aktualiseras i första hand i anglosachsiska rättssystem. Det säger sig självt att om svenska aktiebolag inte kan bindas vid sådana garantier, kan värdepappersinstitutens medverkan (och kapitalanskaffning) förhindras, försvåras eller fördyras. Det förhållandet att bolaget via olika mellanhänder åläggs skadeståndsskyldighet är inte ägnat att ändra på den ovan givna slutsatsen, att bolagets garantier saknar rättsverkan.
6. Vid prövningen av garantiers rättsverkan enligt 5 p. ovan synes Aktiebolagskommittén ha fäst avgörande avseende vid den omständigheten att värdepappersinstituten momentant ges en ställning av aktieägare när de t.ex. garanterar en emission. Enligt min mening saknar det principiellt sett betydelse om instituten agerar som återförsäljare av aktier (och därmed momentant är aktieägare), kommissionärer, förmedlare eller mellanhänder i annat avseende;

rättsverkan av de garantier som bolaget utfärdar till förmån för mellanhänderna, och innebärande ersättningsskyldighet i förhållande till dessa, avsedda att absorbera mellanhändernas eventuella skadeståndsskyldighet gentemot investerarna på grund av informationsbrister i samband med erbjudandet, kan knappast växla med mellanhändernas status i nyssnämnda hänseende. Utslagsgivande för bolagets skadeståndsskyldighet torde i stället vara bolagsgarantiernas syfte och faktiska effekt. Det är sedan en annan sak att det verkliga behovet av en emissionsgaranti kan variera beroende på om institutet enligt institutlandets lag skall betecknas som aktieägare – och säljare därav – eller ej: Om institutlandets lag föreskrivit att institutet är skadeståndsskyldigt för informationsbrister oberoende av kontraktsförhållande (för erbjudandebolagets vållande), är det naturligt att anpassa emissionsgarantin härtill. I det omvända förhållandet, dvs. där institutets skadeståndsskyldighet är betingad av *eget* vållande på kontraktsrättslig grund, kan en emissionsgaranti till förmån för ett institut som ej vidareförsäljer aktier förefalla onödig. Gränsdragningen i ansvarshänseende är dock ofta nog problematisk.

7. Om syftet med en emissionsgaranti, eller åtagande med motsvarande rubricering eller innehåll, inte primärt är att bolaget skall vara ersättningsskyldigt för den skada som kan uppkomma på grund av prospektbrister m.m., utan att bolaget skall svara för att de erbjudna aktierna inte underskrider en viss kursnivå, synes generellt sett åtagandet inte kunna ges större rättsverkan än vad som avser garantier. En sådan "kursgaranti" synes till sina praktiska konsekvenser ha samma funktion som prospektgarantier i allmänhet. Rättsläget är måhända ett annat, där kursgarantin lämnas vid en apportemission (däremot knappast vid en riktad kontantemission eller kvittningsemission). Avsikten med en sådan kursgaranti i samband med apportemission, där t.ex. apportegendomen består av aktier, kan ofta vara att garantera en viss köpeskilling, oberoende av emittentbolagets eventuella ersättningsskyldighet vid informationsbrister. Aktiebytet förenas icke sällan med ett aktietecknarnas åtagande, att icke inom viss tid avhända sig aktierna på marknaden. Syfte med

sistnämnda blockering är allt som oftast att förhindra kurspåverkan genom ett avhändande inom viss tid från aktiebytet. Det förefaller naturligt att de presumtiva aktietecknarna vid ett sådant förhållande låter blockeringen motvägas av en kursgaranti. Att sedan kursgarantin kan ha andra, sekundära ändamål i vissa fall kan inte uteslutas.

Bedömningen av rättsverkan av en kursgaranti har många aspekter. För det första får förmodas, att kursgarantin, blockeringsklausulen, m.m. innefattas i ett avtal som träffas före aktieteckningen. Parterna till ett sådant avtal är de presumtiva aktietecknarna och emittentbolagets ägare, helt eller delvis. Det får förutsättas att ägarna förbinder sig att tillse att bolaget utfärdar en kursgaranti i enlighet med vad som avtalats. För det fall bolaget skall vara part i avtalet ifråga, torde de formkrav som uppställs för aktieteckningen medföra, att ömsesidig bundenhet förutsätter att avtalet träffas simultant med aktieteckningen (t.ex. i bolagsstämmoprotokoll enligt ABL 4:8, 3 st.). Det sagda vilar på slutsatsen ovan, att ett avtal om aktieteckning i förhållande till bolaget inte är bindande förrän formkraven uppfyllts (jfr NJA 1918 s. 394).

För det andra kan det vid en talan mot bolaget på grund av kursgarantin ofta vara förenat med stora svårigheter att identifiera och särskilja den skada som sammanhänger med en kursnedgång på grund av mera allmänna förhållanden, till skillnad från en sådan skada som orsakats av informationsbrister före eller vid aktieteckningen från bolagets sida. Fråga är om skadeståndsrättslig kausalitet och konkurrerande skadeorsaker. Om en kursnedgång orsakas av sådana förhållanden som täcks av bolagets informationsskyldighet i prospekt eller eljest, blir en kursgaranti ett medel för skadeståndsskyldighet. För det fall däremot kursnedgången i allt väsentligt kan hänföras till efterföljande, yttre förhållanden som inte omfattas av informationsskyldigheten, synes garantin i rättsligt hänseende inte utan vidare kunna likställas med en bolagets skadeståndsskyldighet eller ovannämnda emissionsgarantier. Här föreligger emellertid svåra gränsdragningsfrågor.

> För det tredje skulle mot tanken att ge en kursgaranti giltighet kunna invändas, att vad som gäller om bolagets skadeståndsskyldighet också – i vart fall analogivis – skall gälla kursgarantier, icke minst på grund av nyssnämnda gränsdragningssvårigheter vad gäller skadeorsaker. Enligt min mening är emellertid detta att föra analogin alltför långt ifrån det grundläggande syftet med principen om bolagets befrielse från skadeståndsansvar. Såsom har berörts ovan, är det trots allt inte så "uppenbart" som gjorts gällande i doktrinen (se t.ex. Karlgren, SvJT 1938 s. 201), att det som i ovan behandlad rättspraxis har befunnits gälla om ogiltighet av aktieteckning, etc. också *generellt* skall gälla bolagets skadeståndsskyldighet. En ogiltighet av t.ex. en aktieteckning får antas i regel få långt större ekonomiska konsekvenser för bolaget och dess borgenärer än en skadeståndsskyldighet, som ju skall motsvara en skada, vilken icke alltid nödvändigtvis korresponderar med hela teckningsbeloppet. Det är alls icke givet att de subtila och ytterst delikata rättspolitiska övervägandena för och emot ogiltighet skall ges samma utfall ifråga om en kursgaranti, särskilt som denna har ett annat syfte och fyller en annan funktion. (Jfr de värdesäkringsklausuler som diskuteras – och befinns i princip giltiga – av Borgström, Om konvertibla obligationer och andra finansieringsformer s. 58 ff.)

En konsekvens av att *Lagförslaget* om bolagets skadeståndsskyldighet införs är att ovan nämnda emissionsgarantier i princip får full rättslig verkan, förutsatt att skadeståndsansvaret grundas på – som det måste uppfattas – brister i *obligatoriska* prospekt i den mening som ovan redovisats. Vad som skall gälla skadeståndsskyldighet vid informationsbrister vid privata bolags emissioner och erbjudanden, samt emissionsgarantier i samband därmed, är dock oklart; möjligen skall gällande principer om utesluten skadeståndsskyldighet och avsaknad av rättsverkan för emissionsgarantier fortsatt vara tillämpliga. Vidare omfattar Lagförslaget, såsom ovan nämnts, icke skada som uppkommit på sekundärmarknaden på grund av informationsbrist i prospekt eller eljest. För sådan skada kan bolaget icke göras ansvarigt; på motsva-

rande sätt kan emissionsgarantier avsedda att täcka sådan skada inte ges rättsverkan.

13. Särskilt om kvittningsemission

Vid bildandet av ett aktiebolag får en fordran hos "bolaget" icke användas för kvittning av skuld på grund av aktieteckning enligt ABL 2:10, det s.k. kvittningsförbudet. I *Lagförslaget* hanteras kvittningsproblematiken något annorlunda i 2:10–12. Dessa frågor har behandlats ovan. Kvittningsförbudet är inte tillämpligt vid en ökning av aktiekapitalet efter bolagets registrering. Fastmera stadgas i ABL 4:6 att kvittning är tillåten, förutsatt att bestämmelse om att aktie skall tecknas med kvittningsrätt upptagits i beslutet om nyemission. Härtill skall styrelsen avge en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid bedömandet av bestämmelsen om kvittningsrätten. Redogörelsen skall i sådana fall innehålla uppgifter motsvarande dem som avses i ABL 2:3, 3 och 4 st. (Egentligen endast namn och hemvist beträffande den som avses med bestämmelsen samt eventuellt skriftligt avtal eller avskrift därav gällande bestämmelser om kvittningsrätten. Muntligt avtal skall upptagas i sin helhet.)

Specifikt för en kvittningsemission är att den som tecknat sig för aktier (eller motsvarande) i emissionen betalar med fordran hos bolaget. På passivsidan i bolagets balansräkning sker därigenom en reduktion av de lång- eller kortfristiga skulderna och en ökning av aktiekapitalet. En kvittningsemission är således ingen kontantemission; betalning av de emitterade aktierna sker inte med pengar. En kvittningsemission är i egentlig mening inte heller en apportemission, eftersom bolaget inte tillförs egendom i den mening som aktiebolagslagen föreskriver. Eftersom kvittningsemissionen inte är en kontantemission, gäller inte principen om aktieägarnas företrädesrätt till de nyemitterade aktierna i förhållande till det antal aktier de förut äger (se ABL 4:2). En kvittningsemission träffas därför inte heller av bestämmelsen om kvalificerad majoritet vid avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt (2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädda aktierna). Och efter-

som kvittningsemissionen inte är en apportemission, omfattas inte kvittningsrätten mer än medelbart av revisorernas granskningsplikt enligt ABL 4:6, 3 st., vilken granskning ju primärt tar sikte på sådan egendom som skall tillföras bolaget. Styrelsens redogörelse för omständigheter som kan vara av vikt vid bedömandet av kvittningen synes kunna inskränkas till kvittningens omfattning, den kvittningsberättigades namn och hemvist, den skuld som avses, huruvida skulden förfallit till betalning, etc. *Lagförslaget* innebär inga sakliga ändringar i nu berörda delar (se 12:1–2 och 10–11). I dessa delar överensstämmer emissionsbestämmelserna med EU:s andra bolagsdirektiv art. 25–29.

Bestämmelserna om kvittningsemission i dess nuvarande form har sitt ursprung i 1944 års aktiebolagslag (50 §), men kan i själva verket spåras tillbaka till 1910 års aktiebolagslag. En sammanställning av stadgandena i 39 § och 44 §, 2 st. i 1910 års lag ger nämligen vid handen, att aktieägares företrädesrätt vid nyemissioner och fondemissioner endast avsåg kontantemission och sålunda inte medförde hinder mot beslut med enkel majoritet om ökning av aktiekapitalet medelst en riktad kvittningsemission. I 1944 års aktiebolagslag gavs detta förhållande ett explicit uttryck. I nämnda lags 50 § hänvisades till lagens 7 §, som emellertid i allt väsentligt upptog bestämmelser om apporttillskott vid bolagsbildning. Det centrala för kvittningsemissionen (och apportemissionen), nämligen att bestämmelse härom skall upptas i beslutet om nyemission, att styrelsen skall avge en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid bedömandet av bestämmelsen, samt att styrelsens redogörelse skall i tillämpliga delar granskas av en eller flera revisorer (dock i mycket begränsad utsträckning i vad avser kvittningsemissioner), är i princip oförändrat sedan 1910 års aktiebolagslag och enligt vad som framgår av Lagförslaget. Nu gällande bestämmelse i ABL 4:2 om företrädesrätt vid kontant- och fondemissioner återfanns i sina huvuddrag i 1910 års (39 §) och 1944 års (55 §) aktiebolagslagar. I förarbetena till 1944 års lag gavs endast en viss förklaring till särbehandlingen av kvittnings- och apportemissioner, men uttalades vissa farhågor därom (se SOU 1941:9 s. 222):

> "Företrädesrätten till teckning av nya aktier enligt förevarande paragraf liksom enligt gällande rätt föreligger endast när betalning av aktierna skall erläggas i penningar. Företrädesrätten skulle eljest kunna medföra hinder för en stämmomajoritet att besluta aktieteckning mot tillskott av egendom eller med kvittningsrätt för aktietecknare. Regeln kan tänkas medföra att aktieägarmajoriteten söker skaffa sig nya aktier genom att besluta om nyteckning mot apportegendom eller med kvittningsrätt. Om emellertid ett sådant förfarande framstår som ett kringgående av regeln om aktieägarnas företrädesrätt, kan klander anföras mot ökningsbeslutet. Detta torde sålunda vara fallet om fordran mot bolaget skapats just i syfte att för fordringsägare möjliggöra aktieteckning, t.ex. om fordringen uppkommit genom långivning som i verkligheten har karaktär av förskottsinbetalning på oplanerad nyteckning."

Farhågorna gav inget utslag i den slutliga utformningen av lagen. I förarbetena till 1975 års aktiebolagslag (SOU 1971:15 s. 174 ff.) utvecklades dessa tankar något såvitt gäller apportemission: "Vid apportemission kan givetvis ej ovillkorlig företrädesrätt föreligga, eftersom sådan emission oftast syftar till att bolaget för de nya aktierna skall erhålla en utomståendes egendom, eventuellt att viss eller vissa borgenärer skall förvandlas till aktieägare i bolaget." I det lagförslag som nämnda förarbeten utmynnade i introducerades emellertid en nyhet: I samtliga fall av nyemission, oavsett om fråga var om kontant-, apport- eller kvittningsemission, skulle aktieägarna ges företrädesrätt till de nya aktierna i förhållande till det antal aktier de förut ägde. Samtidigt skulle dock enligt förslaget bolagsstämman med 2/3 majoritet (av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädda aktierna) kunna beslut om avvikelse från principen om aktieägarnas företrädesrätt: "Vid ökning av aktiekapitalet genom nyteckning kan avvikelse från vad i första stycket sägs om aktieägarnas företrädesrätt beslutas av bolagsstämma. Beslutet är giltigt endast om det biträtts av aktieägare med 2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädda aktierna." Ovillkorlig företrädesrätt skulle endast föreligga vid fondemission. Avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt skulle i anledning därav ej heller kunna ske vid nyteckning till en så låg kurs att det var uppenbart fråga om partiell

fondemission, innebärande ett överflyttande av ett väsentligt värde från de äldre aktierna till de nyemitterade aktierna.

Såsom motiv för att underkasta apport- och kvittningsemissionen principen om aktieägarnas företrädesrätt anfördes bl.a. följande: Enligt bestämmelserna i 1944 års aktiebolagslag kunde försök till att utesluta aktieägarnas företrädesrätt genomföras genom maskerade apportemissioner av t.ex. det slaget att de nya aktierna skulle betalas med en viss lättanskafflig egendom. I sammanhanget berördes också möjligheten att klandra ett bolagsstämmobeslut om nyemission, om t.ex. någon aktieägare bereddes otillbörlig fördel på andra aktieägares bekostnad (jfr ABL 9:37). Det underströks också (SOU 1971:15 s. 175), att ett beslut om avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt vid apportemission innebärande en rätt endast för vissa aktieägare att delta i emissionen skulle vara objektivt grundat ("motiverat av objektiva skäl").

Det refererade lagförslaget kom emellertid endast delvis att genomföras. Redan före tillkomsten av 1975 års aktiebolagslag beslutades om ändringar i 1944 års aktiebolagslag, innebärande att ett bolagsstämmobeslut om avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt vid kontantemission kunde fattas med enkel majoritet. Aktieägarnas företrädesrätt skulle på samma sätt som enligt 1944 års lag endast gälla vid kontant- och fondemission. Förslaget om att införa företrädesrätt även vid apportemissioner förkastades med följande motivering (se prop. 1975:103 s. 331):

> "Beslut om avvikelse från företrädesrätten kan alltså fattas med den majoritet som fordras för beslutet om själva emissionen. Detta bör fortfarande gälla. Från den synpunkten skulle ett beslut om apportemission där apporten tillskjuts av utomstående eller vissa aktieägare i och för sig kunna sägas samtidigt innebära ett beslut om avvikelse från företrädesrätten. Det har m.a.o. inte så stor betydelse om lagen bygger på att företrädesrätt skall föreligga vid apportemission. Härtill kommer att alla aktieägare i allmänhet inte har möjlighet att tillskjuta den apportegendom som emissionen avser."

Fram till 1995 års ändringar av ABL gällde således en aktieägarnas företrädesrätt endast vid kontant- och fondemission, vilken företrädesrätt bolagsstämman emellertid kunde besluta att avvika ifrån med *enkel*

majoritet. Vid EU-anpassningen av den svenska aktiebolagslagen infördes med en hänvisning till artikel 29.4 i EU:s andra bolagsdirektiv ett pluralitetskrav om två tredjedelar vid avvikelse från företrädesrätten, dock endast vid kontant- och fondemission.

Från minoritetsskyddssynpunkt ter sig lagstiftarens särbehandling av i vart fall kvittningsemissionen en smula motsägelsefull och ogenomtänkt. De argument som under lagstiftningsarbetet i olika skeden har anförts för en särbehandling av apportemissioner har också mer eller mindre implicit förutsatts gälla kvittningsemissioner. Mot att ge aktieägarna företrädesrätt vid apportemissioner har således anförts, att aktieägare i allmänhet saknar möjlighet att erbjuda sådan apportegendom som emissionen avser (se t.ex. prop. 1975:103 s. 331). Möjligen har i sammanhanget antagits, att situationen är densamma vid en kvittningsemission. Såsom skäl för att (med 2/3 majoritet) inför 1975 års lag medge möjlighet till avvikelse från företrädesrätten vid kontantemissioner angavs bl.a. risken för att sådana emissioner eljest maskerades såsom apportemissioner (se SOU 1971:15 s. 175). När sedan den ovillkorliga företrädesrätten vid kontantemissioner enligt lagförslaget i SOU 1971:15 övergavs, kunde all kapitalökning oavsett emissionsform likställas med följande motivering:

> "När förslaget på nu angivet sätt reglerat företrädesrätten vid kapitalökning mot betalning i pengar har det ej varit nödvändigt att behålla en regel enligt vilken företrädesrätt för aktieägarna ej föreligger vid apportemission. Men det ligger i sakens natur att vid sådan emission bolagsstämman i allmänhet, enligt förut angivna regler, beslutar avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt."

Kvittningsemissionen förefaller härvid genomgående ha likställts med apportemission. Nämnda lagförslag kom emellertid att genomföras endast såtillvida, att bolagsstämman medgavs rätt att avvika från aktieägarnas företrädesrätt vid *kontantemission* med *enkel* majoritet. Företrädesrätten vid apportemissioner kom härvid enligt lagförarbetena att sakna betydelse (se prop. 1975:103 s. 331), eftersom ett beslut om apportemission i sig självt i regel skulle innebära ett beslut om avvikelse

från företrädesrätten. Återigen synes i resonemanget kvittningsemissionen ha likställts med apportemission. Resonemanget är emellertid också tillämpligt på kontantemissioner: En kontantemission med eller utan företrädesrätt kunde grundas på samma enkla majoritetsbeslut. Aktieägarnas företrädesrätt vid alla former av emissioner – med undantag av fondemissioner – blev på så sätt mer en symbolisk än en faktiskt gällande princip.

Det nyss refererade resonemanget förutsätter, att avvikelse från företrädesrätten kan ske med enkel majoritet (i SOU 1971:15 hade föreslagits kvalificerad majoritet). Följaktligen borde resonemanget icke längre ha varit hållbart när vid EU-anpassningen 1995 regeln om enkel majoritet ändrades till kvalificerad majoritet. I samband med denna lagändring borde i vart fall ha övervägts, i likhet med vad som ägde rum i SOU 1971:15, om inte alla emissioner avseende kapitalökning borde likställas. Så skedde, som bekant, emellertid icke, och *Lagförslaget* innebär , som ovan nämnts, ingen ändring. Det kvarstående argumentet för *särbehandling av apportemissioner*, att aktieägare i allmänhet "inte har möjlighet att tillskjuta den apportegendom emissionen avser" (jfr prop. 1975:103 s. 331), är inte heller alltigenom välbetänkt. Utan företrädesrätt bereds inte ens aktieägarna i allmänhet möjlighet att tillskjuta apportegendomen ifråga. En aktieägarmajoritet kan välja att bortser från att en minoritet faktiskt har sådan möjlighet. Frågan ställs helt enkelt aldrig på sin spets. Ytterst skulle visserligen särbehandlingen kunna försvaras med att minoriteten med åberopande av likabehandlingsprincipen eller generalklausulen (ABL 9:37) kan klandra ett bolagsstämmobeslut som på bekostnad av minoriteten gynnar majoriteten. (Se om dessa principer nedan i avsnitt VI.) En sådan argumentation har emellertid minst två svagheter. För det första utgör den inget stöd för särbehandlingen, eftersom exakt samma argument skulle kunna anföras för ett avskaffande av aktieägarnas företrädesrätt vid kontantemission, ja, t.o.m. för alla former av specifika minoritetsskyddsregler, inklusive bestämmelser om kvalificerad majoritet. (Detta är också grunden till beteckningen "generalklausul".) För det andra är rätten till klandertalan som sanktionsmedel ett trubbigt, äventyrligt och riskfyllt instrument (jfr framställningen nedan i avsnitt VII), i vart fall när sådan talan grundas

på allmänna principer om likabehandling eller otillbörlighet (till skillnad från klander mot beslut i strid med specifikt utformade minoritetsskyddsregler). I praktiken torde åtminstone mindre aktieägare avstå från att begagna sig av rätten till klandertalan med hänsyn till den kostnads- och övrig resursexponering som en sådan innebär i kombination med andra preventiva faktorer (främst den långsamma domstolsbehandlingen), särskilt i ljuset av att tilläggsvärdet av en eventuell framgång ofta är begränsat. Rätten till klandertalan är sålunda realiter inget effektivt sanktionsmedel mot objektivt sett ogrundade apportemissioner. En annan sak är sedan att risken för att bli utsatt för klandertalan i vart fall i börsnoterade bolag motverkar alltför ensidiga förslag om emissioner.

Argumenten för särbehandling av apportemissioner saknar under alla förhållanden bärkraft när det gäller kvittningsemissioner. Den identifiering av apport- och kvittningsemissioner som förekommit i lagförarbetena är i beaktande härav oförklarlig. Såsom antyddes redan i förarbetena till 1944 års aktiebolagslag (SOU 1941:9 s. 222), kan en kvittningsemission praktiskt sett jämställas med en kontantemission, när inbetalningen skett förskottsvis. Visserligen får med all säkerhet kvittningsemissioner i allmänhet antas avse fordringar som uppkommit utan det grundläggande syftet, att fordringen senare skall användas i en kvittningsemission. Undantagen är emellertid ofta förekommande i det praktiska rättslivet. Ej sällan är undantagen avtalsreglerade på så sätt att i avtal förutsatts, att fordringen skall kunna användas i en kvittningsemission. När så kvittningsemission aktualiseras, är den i så hög grad företagsekonomiskt motiverad, att en klandertalan med hänvisning till att vissa aktieägares andelar minskat i värde på grund av emissionen över huvud inte blir föremål för övervägande. Situationen därvid är jämförlig med den som föreligger vid en riktad kontantemission. Likheterna mellan en kontant- och en kvittningsemission förefaller vara större än de som antas föreligga mellan en apport- och kvittningsemission. Vid en kvittningsemission är i realiteten fråga om inbetalning av pengar (eller i vart fall penningfordring) i förskott. Den rätt som ges fordringsinnehavaren skulle på samma sätt som vid kontantemission kunna ges samtliga aktieägare, antingen så att inbetalningen sker förskottsvis för kvittning, eller kvittningsemissionen kombineras med en kontantemission. (Det

senare alternativet synes det mest praktiska.) Alternativt skulle kvittningsemissionen med upprätthållandet av ett pluralitetskrav om 2/3 kunna riktas på samma sätt som kontantemissioner. Ofta är fordringshavaren och aktietecknaren vid en kvittningsemission också aktieägare, och får på grund av emissionen en möjlighet att utöka sin andel av ägandet på bekostnad av övriga aktieägare, om dessa icke kan delta i emissionen. När fordringshavaren icke är aktieägare, kan betänkligheterna synas vara mindre med hänsyn till att samtliga befintliga aktieägare drabbas lika av emissionen. Härvid kan man emellertid inte bortse ifrån att fordringshavaren på olika sätt – dolt eller öppet – kan vara lierad med större aktieägare eller majoritetsägare, och emissionen användas som ett instrument för att minska minoritetens makt. Även här är likheterna med kontantemissionen påfallande. Dessutom kvarstår risken för olikabehandling av befintliga jämfört med tillkommande aktieägare.

Oavsett vilken syn man har på nu berörda förhållanden, är det förenat med stora svårigheter att sakligt motivera en särbehandling av kvittningsemissionen, vilket också genomgående har visat sig i lagförarbetena. Hänvisningen till rätten till klandertalan som det ultimativa remediet är på samma sätt som beträffande apportemissioner inte särskilt välgrundad. *De lege ferenda* talar sammanfattningsvis övervägande skäl för att kvittningsemissioner lagtekniskt behandlas på samma sätt som kontantemissioner i vad avser aktieägarnas företrädesrätt och minoritetsskyddet. Det kan härvid anmärkas, att enligt lagen (1987:464) om vissa riktade emissioner i aktiemarknadsbolag, m.m., (den s.k. Leolagen, jfr Lagförslaget kap. 13, som skall omfatta publika aktiebolag eller dotterbolag till sådana bolag) enligt den inledande bestämmelsen om tillämpningsområdet är tillämpligt på alla former av nyemissioner av aktier, konvertibler, m.m., oavsett om fråga är om kontant-, apport- eller kvittningsemission. I belysning av denna lag förefaller särbehandlingen av apport- och kvittningsemissioner i ABL än mer svårförklarlig. Det kan väl knappast hävdas, att minoriteten i icke marknadsnoterade bolag (eller, enligt Lagförslaget, privata aktiebolag) är mindre skyddsvärd än sådana som förekommer i marknadsnoterade (eller, enligt Lagförslaget, publika) bolag. Behandlingen av minoritetsskyddet saknar tillbörlig konsonans.

Från *borgenärsskyddssynpunkt* har lagstiftaren å andra sidan icke likställt apport- och kvittningsemissioner. Alltmedan apportemissioner underkastats en omfattande – och motiverad – särreglering i ABL till skydd för borgenärerna, synes kvittningsemissionen endast i mycket liten utsträckning vara föremål för sådan reglering. Såsom ovan nämnts, skall en bestämmelse om att aktie skall tecknas med kvittningsrätt upptagas i beslutet om nyemission. Styrelsen skall i en redogörelse ange omständigheter som kan vara av vikt vid bedömandet av en sådan bestämmelse och denna styrelsens redogörelse skall granskas av revisorerna. Det är härvid närmast självklart, att ett beslut om nyemission skall ange att fråga är om en kvittningsemission, helt eller delvis. Detsamma gäller styrelsens redogörelse för omständigheterna kring kvittningen, dvs. vilken fordran som avses och sålunda vem som äger teckna sig för aktierna, etc.

Det är mera sällsynt att en kvittningsemission kringgärdas av andra formaliteter till skydd för bolagsborgenärerna än ett slentrianmässigt iakttagande av nu nämnda självklarheter. I allmänhet är detta ej heller nödvändigt. Bolagsborgenärerna kan knappast lida skada av att en bolagets skuld genom kvittningsemissionen omvandlas till aktiekapital. I egenskap av aktieägare är den i emissionen medverkande fordringsinnehavaren prioritetsmässigt efterställd bolagsborgenärerna, med undantag av de fallen där annat avtalats. Bolagets aktieägare kan i egenskap av bolagsborgenärer ej heller bli sämre ställda av att en tidigare högre prioriterad borgenär blir likställd med övriga aktieägare. Även om kvittningsemissionen verkställs vid en tidpunkt när bolaget befinner sig i en ekonomisk kris, vilket ej kan uteslutas vara vanligt förekommande, kan således med en hänvisning till att den i emissionen förekommande fordringens *faktiska* värde klart underskrider det redovisade värdet icke utan vidare göras gällande, att emissionen skadar bolagsborgenärerna. Andra bolagsborgenärer än aktieägarna får mindre konkurrens om bolagets tillgångar, och aktieägarna kan under alla förhållanden icke förvänta sig att i sådana situationer erhålla betalning för aktierna. Vid kvittningsemissioner synes följaktligen det förhållandet att fordringens faktiska värde underskrider bolagets redovisade skuld sakna betydelse från borgenärsskyddssynpunkt. De fordringar som förekommer i samband med

kvittningsemissioner skall således, till skillnad från fordringar hos andra än emittentbolaget (som skall likställas med apportegendom), från borgenärsskyddssynpunkt behandlas på samma sätt som tillskott i form av pengar, dvs. kontantemissioner. (Jfr härvid generaladvokatens uttalande i målet Meilicke i EU-domstolen, målet C-83/91, domssamlingen 1992 I-4871. För en kommentar av målet se Egnsig Sørensen, EF-domstolens tolkning av af selskabsdirektiverne, Nordisk Tidskrift för Selskabsret 1999:2 s. 79 ff. s. 84 f. Målet avvisades av EU-domstolen med hänvisning till att det var konstruerat. Generaladvokatens uttalande kan emellertid tolkas så att EU:s andra bolagsdirektiv inte ger grund för att behandla kvittningsemissioner på annat sätt än vad som ovan redovisats.) Det förhållandet att den i kvittningsemissionen förekommande fordringen ännu inte förfallit till betalning kan emellertid nödvändiggöra en nuvärdesberäkning av fordringen, vilket förhållande såväl bolagsstyrelsens redogörelse, bolagsstämmobeslutet som revisorernas bör uppmärksamma.

IV. Förvärv och överlåtelse av aktiebolags egna aktier

1. Allmänt

Bestämmelser om ett aktiebolags förvärv och överlåtelse av egna aktier återfinns i ABL 7 kap. (Jfr Lagförslaget 16 kap.) Huvudregeln är att förvärv av egna aktier är förbjudet. Förbudet har emellertid undantag och ett nytt väsentligt sådant undantag infördes med verkan fr.o.m. den 10 mars 2000. Förbudet har i olika utformningar, men med samma materiella tyngdpunkt, förekommit alltsedan 1895 års lag (27 §, jfr 1910 års lag 51 § och 1944 års lag 69 §). Aktier, som trots allt förvärvats enligt undantagen har sedan 1910 års ABL (56 §) inte kunnat upptagas som tillgång (med värde). Nu gällande bestämmelser (och bestämmelserna i Lagförslaget) har utformats med iakttagande av motsvarande bestämmelser i EU:s andra bolagsdirektiv, artiklarna 18–22. Den lagändring som trädde ikraft den 10 mars 2000 innebar en implementering av den fakultativa bestämmelsen i artikel 19.

Såsom motiv för förbudet har i allmänhet anförts dels att förbudet förebygger spekulation i egna aktier i syfte att påverka kursutvecklingen på aktierna, dels att förbudet upprätthåller bestämmelserna om nedsättning av aktiekapitalet. Till sina ekonomiska verkningar och från borgenärssynpunkt (men även till skydd för aktieägare) är ett förvärv jämförligt med en nedsättning av aktiekapitalet (närmast inlösen av aktier) i förening med återbetalning till vissa aktieägare. Ett förvärv av egna aktier, som inte grundas på ett bolagsstämmobeslut, innebär också,

att aktieägarna inte garanteras en likabehandling. Ett förvärv i strid med förbudet är ogiltigt (vilket kom till *explicit* uttryck första gången genom 1944 års ABL, 69 §, 2 st.). Förbudet omfattar också dotterbolagsförvärv av moderbolagsaktier. Vad som stadgas om förvärv gäller också pantsättning. Vid implementeringen av EU:s andra bolagsdirektiv den 1 januari 1995 infördes också ett förbud för bolag att *teckna* sig för egna aktier.

2. Tillämpningsområdet

Förbudet avser uteslutande *aktier*. Av förbudet träffas följaktligen inte olika derivat av aktier, som t.ex. optioner. Ej heller omfattas teckningsoptioner eller konvertibla skuldebrev, eller andra värdepapper utgivna av aktiebolag. Bestämmelsernas utformning och sanktionsmekanismer (ogiltighet) medger inte analogitillämpning.

Vidare kan förbudet icke äga tillämpning på bolag eller andra företag med säte utanför Sverige. Grund för s.k. extraterritoriell tillämpning av det svenska förbudet saknas. Varje bolag och annat företag skall styras av domicillandets lag. För den händelse ett svenskt aktiebolag således har ett dotterbolag eller dotterföretag i utlandet, skall detta bolags eller företags hemlandsregler tillämpas såvitt gäller bolagets eller företagets förvärv eller teckning av, eller pant i aktier i, det svenska aktiebolaget (moderbolaget). Vilka konsekvenser sedan ett sådant förvärv (teckning eller pant) skall ha för det svenska aktiebolagets redovisning, är givetvis en intern svensk rättsfråga.

Förbudet avser uteslutande aktier i *svenska aktiebolag*. Ett utländskt aktiebolag kan inte utgöra ett moderbolag i ABL:s mening. Såväl denna begränsning som koncerndefinitionen i ABL 1:5 gör att ett svenskt aktiebolags eller företags *förvärv av aktier i ett utländskt aktiebolag* faller utanför förbudet. Detsamma gäller pant och teckning av sådana aktier. Transaktionerna skall regleras av det rättssystem i vilket sistnämnda bolag har sitt domicil. Koncerndefinitionen blir givetvis också normerande för tillämpningen av ABL 7:25, dvs. när ett aktiebolag blir moderbolag och de nyblivna dotterbolagen innehar aktier i moderbola-

get. (Förbudet mot dotterföretags förvärv av moderbolagsaktier har tillkommit för att förhindra kringgående av huvudförbudet).

Slutligen kan antecknas, att vad som stadgas som förvärv och pant också får anses gälla säkerhetsöverlåtelse av aktier.

Förbudet upptar också en *bulvanregel*. Om aktier i ett bolag har tecknats av någon i eget namn men för bolagets räkning, skall han anses ha tecknat aktierna för egen räkning (jfr art. 18, p.2 i EU:s andra bolagsdirektiv). Vid förvärv av aktier genom bulvan, gäller däremot inte bundenheten vid förvärvet för bulvanen utan ogiltighet enligt ABL 7:3, 2 st. (se ABL 7:3, 3 st.). Bulvanförvärv i enlighet med undantagsbestämmelserna är enligt samma princip tillåtna. Ett bulvanförvärv skall således likställas med ett aktiebolags eget förvärv. För dotterföretags förvärv av aktier i moderbolag saknas en bulvanregel. Det kan antas att en sådan bulvanregel ändå skall gälla, trots avsaknaden av en uttrycklig reglering. Rättsläget härvid är emellertid oklart. Såvitt gäller aktiebolags tagande av egna aktier i pant, liksom dotterbolags emottagande av moderbolagsaktier som pant, saknas också bulvanbestämmelser. Det förhållandet att en bulvanbestämmelse saknas beträffande såväl pant som dotterföretagsförvärv av moderbolagsaktier kan också sammanhänga med att de i ABL föreskrivna bulvanbestämmelserna har sitt ursprung i EU:s andra bolagsdirektiv, art. 18, p. 2 och art. 19, p. 1, vilket direktiv emellertid icke ger *explicita* anvisningar om vad som skall gälla beträffande pant och dotterföretags förvärv av moderbolagsaktier. Den svenske lagstiftaren har tydligen valt att implementera bulvanbestämmelsen endast i sådan utsträckning som den är *tvingande* enligt EU:s direktiv.

3. Undantag från förbudet att förvärva egna aktier för aktiebolag i allmänhet

De undantag från förbudet att förvärva egna aktier som stadgas i ABL 7:4 avser uteslutande *förvärv* av aktier. Förbuden för ett aktiebolag att *teckna* egna aktier eller att ta emot egna aktier som pant är undantags-

lösa. Detsamma gäller dotterföretags teckning av aktier i moderbolag och emottagande av aktier i moderbolag som pant. Undantagen i ABL 7:4 och ABL 7:23 och 25 avser alla aktiebolag, såväl publika som privata. Marknadsnoterade aktiebolag ges härutöver ett särskilt undantag enligt ABL 7:3, 1 st. och 7–16. I det följande behandlas först de undantag som gäller *samtliga aktiebolag*.

1. För det första undantas *vederlagsfria förvärv* (jfr EU:s andra bolagsdirektiv art. 20 p c.). Undantaget tillkom vid den lagändring som trädde i kraft den 10 mars 2000. Enligt motiveringen innebär ett vederlagsfritt förvärv endast en minskning av antalet utestående aktier utan att påverka aktieägarnas, borgenärers, eller andra tredje mäns ställning. Det saknas därför skäl att förbjuda sådana förvärv. Emellertid får detta undantag anses ha gällt redan tidigare. Såväl ändamålsskäl som uttalanden i förarbeten ger stöd för att förbudet alltsedan sin tillkomst icke avsåg att träffa vederlagsfria förvärv. I förarbetena till 1944 års ABL (SOU 1941:9 s. 259) kom denna inställning till uttryck genom uttalandet, att förbudet omfattade aktiebolagsförvärv av egna aktier "mot vederlag". Varken hänsyn till bolagets aktieägare, dess borgenärer eller andra berörda intressegrupper motiverade en annan utformning av förbudet. Ett kringgående av nedsättningsreglerna kunde heller icke komma ifråga på grund av vederlagsfria förvärv. Otillbörlig påverkan och kursutveckling genom spekulation i egna aktier föreföll därigenom också utesluten. Tillägget i undantagslistan i ABL 7:4 genom 2000 års lagändring får följaktligen betecknas som ett förtydligande av gällande rätt, och ett viktigt sådant i beaktande av att full klarhet icke har rått beträffande tolkningen av förbudet.

   Undantaget är tillämpligt vid ett aktiebolags förvärv av egna aktier utan motprestation från bolagets sida. I ABL 7:23, 2 st., utsträcks undantaget till att omfatta dotterföretags förvärv av aktier i moderbolaget under vederlagsfria former. Med den ordalydelse som undantaget givits – aktiebolag får förvärva egna aktier "för vilka ersättning inte skall betalas" – råder viss oklarhet om vad som skall gälla beträffande andra motprestationer än "ersättning som

betalas". För det fall t.ex. ett aktiebolag *ex gratia* erhåller egna aktier under villkoret, att bolaget tecknar ett i och för sig fullt affärsmässigt avtal eller andra sådana villkor, som inte kan ses som betalning, synes undantaget bli tillämpligt. Om det i stadgandet ifråga hade föreskrivits, att gåvan över huvud ej får förenas med några villkor om motprestation, uttryckliga eller implicita, hade oklarheten varit undanröjd. Såsom undantaget formulerats, förefaller gåvan kunna villkoras på allehanda sätt, utom just som ett krav på betalning. Å andra sidan förutsätts icke i undantaget att betalningen skall ske i form av pengar. Om motprestationen utgörs av andra bolagets tillgångar än pengar, får transaktionen anses träffas av huvudregeln, dvs. förbudet. Möjligen kan undantaget t.o.m. uttolkas så, att så snart bolagets motprestation påverkar dess balansräkning negativt (varvid förutsätts att aktierna icke kan upptas som tillgång med värde), antingen så att tillgångarna minskar eller skulderna ökar, är huvudregeln och icke undantaget tillämplig. En sådan uttolkning skulle t.ex. betyda, att inte bara bolagets ersättning i betalningens form för aktierna, utan också en ned- eller avskrivning av fordring hos givaren, eller annat avstående från att göra gällande ett krav mot givaren, skall ses som en sådan bolagets motprestation som utlöser en tillämpning av huvudregeln (dvs. förbudet). Undantagets formulering hade emellertid vunnit på ett begagnande av uttrycket "*vederlagsfrihet*" för att ge stöd för sistnämnda antagande; detta uttryck har blivit föremål för uttolkning i andra aktiebolagsrättsliga sammanhang, framför allt vid behandlingen av utbetalningsförbudet.

2. För det andra har ett aktiebolag rätt att förvärva egna aktier som ingår i en *affärsrörelse som bolaget övertar* (jfr EU:s andra bolagsdirektiv art 20 p. b om aktier som förvärvas som ett led i en allmän förmögenhetsövergång). Övertagandet kan ske som ett led i en fusion eller övertagande av tillgångar och skulder enligt ett s.k. rörelseöverlåtelseavtal. Frågan kan också vara om förvärv av aktier eller andelar i ett annat företag i så stor utsträckning att sistnämnda företag blir dotterföretag. Härvid blir det näraliggande undantaget i ABL 7:25 tillämpligt. Om aktier eller andelar förvärvas i ett annat

företag i en sådan utsträckning att koncernförhållande icke uppstår, föreligger endast ett s.k. *korsvist ägande*, som helt faller utanför förbudsområdet. Undantaget i ABL 7:4 2 p. gäller också dotterföretags förvärv av affärsrörelser. Nu aktuella undantag tillkom genom införandet av 1975 års aktiebolagslag. Vägledande för tilllämpningen av ABL 7:25 är självfallet koncerndefinitionen i ABL 1:5. Härvid hänvisas till framställningen ovan (avsnitt II).

I övrigt synes de största tolkningssvårigheterna i praktiken ha kretsat kring frågan , hur mycket av bolagets egna aktier som kan ingå i den övertagna affärsrörelsen för att förvärvet skall undantas. I undantagsbestämmelsen stadgas ingen högsta gräns. Av lagförarbetena (se särskilt SOU 1971:15 s. 201 f. och prop. 1975:103 s. 466) framgår emellertid den begränsningsregeln att undantaget ej får "missbrukas". Såsom exempel på ett sådant *missbruk* anges att ett bolag överenskommer med ett annat företag om att företaget ges i uppdrag att förvärva aktier i bolaget för att sedan till detta överlåta sin rörelse, inklusive aktierna. I en sådan situation skall förfarandet inte kunna undantas. Det illustrerade förfarandet kan numera också anses kunna falla under *bulvanregeln*. Med andra ord kan företagets förvärv av aktier före rörelseöverlåtelsen ses som förvärv i eget namn men för bolagets räkning. Om däremot ett bolag utan att ha varit involverat i ett sådant förfarande förvärvar en rörelse som innehåller ett stort antal aktier i bolaget, blir undantaget tilllämpligt, *oberoende av antalet*. Visst tvivel om undantagets tillämpning kan dock hysas när den rörelse som övertas såvitt gäller tillgångarna uteslutande eller så gott som uteslutande innehåller det övertagande bolagets aktier. Det ligger i en sådan situation nära till hands att i vart fall misstänka, att fråga är om bulvanförvärv av bolagets aktier, varvid – med sedvanlig bevisning – bulvanregeln blir tilllämplig. Utan tilllämpning av bulvanregeln – t.ex. på grund av bristande bevisning – saknas skäl att tillämpa annat än undantagsregeln.

Såvitt sedan gäller följdfrågan, hur stor del av en befintlig affärsrörelse som bolaget måste överta för att undantaget skall bli tilllämpligt, får antas att utgångspunkten i vart fall är att hela affärsrö-

relsen skall övertas, eller i vart fall så gott som hela rörelsen, innefattande såväl tillgångar som skulder. Klara ändamålsskäl talar för en sådan lösning. Förbudet skulle urholkas i alltför stor utsträckning om det vore möjligt att få en tillämpning av undantaget medelst övertag av endast en del av en affärsrörelse, t.ex. en del av tillgångarna, som till största delen dessutom utgjordes av aktier i bolaget. Lagstiftarens avsikt med undantaget har säkerligen varit att i så stor utsträckning som möjligt undanröja hinder för affärslivets behöriga gång och "lojala" rörelseöverlåtelser men inte för förfaranden av kringgående karaktär, även om bulvanregeln skulle vara tillämplig. Rättsläget är dock oklart. (Märk härvid EU:s andra bolagsdirektiv art. 20 p. b) om aktie som förvärvas som ett led i en *allmän* förmögenhetsövergång.)

3. Ett tredje undantag görs vid *inlösen enligt ABL 13:21*. Om en aktieägare genom missbruk av sitt inflytande i bolaget uppsåtligen har medverkat till en överträdelse av ABL, årsredovisningslagen eller bolagsordningen, kan *rätten* på talan av en minoritetsaktieägare (minst 1/10 av samtliga aktier) besluta, att bolaget skall gå i likvidation, alternativt att ålägga bolaget att inom viss tid lösa in minoritetsaktier. Oavsett om rätten beslutar om likvidation eller inlösen, förutsätts enligt ABL 13:20, 1 st., att det finns särskilda skäl till åtgärden på grund av majoritetsmissbrukets långvarighet eller någon annan anledning. För det fall bolaget inte löser in aktierna inom den av rätten föreskrivna tiden, skall rätten på talan av minoriteten besluta att bolaget skall gå i likvidation. Det ifrågavarande missbruket förutsätts utövas av någon eller några som genom sitt aktieinnehav kontrollerar bolaget. Fråga skall var om ett grövre, mera systematiskt och kontinuerligt majoritetsförtryck. Såsom särskilt skäl för likvidation eller inlösen anges missbrukets långvarighet, dess grova karaktär eller faran för en upprepning av ett missbruk. Majoritetsmissbruket kan bestå i att majoriteten på bolagsstämman röstar igenom beslut i strid med generalklausulen (ABL 9:37), eller på grund av att majoriteten i kraft av sin starka ställning påverkar bolagsledningen till att genomföra åtgärder som konstituerar missbruk. En ytterligare inskränkning i inlösenmöjlig-

heten stadgas i ABL 13:21, 2 st. Frågan om inlösen skall prövas av rättten på yrkande av bolaget. När rätten prövar bolagets yrkande skall den ta särskild hänsyn till de anställdas och bolagsborgenärernas intressen. Inlösen får inte ske om bolagets eget kapital, beräknat enligt ABL 13:13, efter inlösen skulle understiga hälften av det registrerade aktiekapitalet. Vid tillkomsten av inlösenbestämmelsen befarades, att en inlösen skulle komma att medföra, att bolaget saknade täckning för aktiekapitalet, kanske också för en del av skulderna (se SOU 1971:15 s. 330). Särskilt kritisk kunde situationen bli om bolagets tillgångar huvudsakligen bestod i anläggningar och likviditeten var svag. I ett sådant fall kunde en inlösenskyldighet medföra, att bolaget ej kunde betala sina skulder, utan måste träda i likvidation och realisera sina tillgångar till underpris, till men för såväl aktieägarna som borgenärerna.

Såsom har framgått, är inlösenbestämmelsen kringgärdad av betydande inskränkningar, men också bevis- och tillämpningssvårigheter. Det är följaktligen icke ägnat att förvåna, att inlösenbestämmelsen i praktiken vunnit endast mycket obetydlig tillämpning.

4. Undantag görs slutligen för det fall där bolaget på *auktion* ropar in sina egna aktier i samband med utmätning av bolagets fordran hos aktieägaren. Undantaget är det äldsta (sedan 1910 års ABL 51 §). Dess praktiska tillämpning torde vara mycket begränsad.

Förvärv av egna aktier enligt nu nämnda undantag förutsätter icke bolagsstämmans beslut, utan kan beslutas och verkställas av *bolagsledningen*. Detsamma gäller avyttring av sådana aktier enligt nedan behandlade avyttringskrav. Förvärv enligt de stadgade undantagen har inte villkorats av att bolagets bundna egna kapital skall upprätthållas. Härmed är säkerligen förutsatt, att förvärven av egna aktier enligt undantagen inte utgör från bolagets synpunkt sett vederlagsfria prestationer, med undantag av inlösen enligt ABL 13:21, som emellertid begränsas av särskilda regler.

4. Särskilt undantag för marknadsnoterade bolag

Marknadsnoterade bolag, dvs. publika aktiebolag vars aktier är noterade vid en börs, auktoriserad marknadsplats, eller någon annan reglerad marknad, har möjlighet att förvärva egna aktier *icke endast på grund av ovan nämnda undantag*, utan också enligt ett *särskilt undantag* för just sådana bolag. Förvärv enligt detta, särskilda undantag är emellertid underkastade en lång rad *villkor*, bl.a. *bolagsstämmobeslut*, skyddet av bolagets *bundna egna kapital* och det *antal* aktier som får förvärvas. Bestämmelserna är anpassade till de fakultativa bestämmelserna i EU:s andra bolagsdirektiv, främst artikel 19. Följande villkor gäller för det särskilda undantaget

1. Förvärvet får bara ske över börs, auktoriserad marknadsplats eller annan reglerad marknad (om utanför EES-området, erfordras tillstånd av Finansinspektionen) eller i enlighet med ett *erbjudande* som riktats till *samtliga* aktieägare eller *samtliga* ägare till aktier av ett visst slag. Genom kravet på att erbjudandet skall riktas till samtliga ägare (av alla aktier eller av aktier av visst slag) förhindras förvärv från enskilda aktieägare och reduceras därmed risken för ett otillbörligt gynnande av vissa aktieägare till nackdel för andra. Erbjudandekravet följer den aktiebolagsrättsliga likhetsgrundsatsen. Förvärvserbjudandet träffas *inte* av ABL:s prospektkrav i ABL 4:18 och 20–25. Bestämmelserna i lagen om handel med finansiella instrument (1991:980) 2:1 och 3 är emellertid utformade på ett sådant sätt att de omfattar förvärv av egna aktier som inte sker på börs eller auktoriserad marknadsplats.
2. Ett *beslut* om förvärv skall fattas *av bolagsstämman*, som emellertid kan *delegera* beslutsrätten till styrelsen. Ett beslut om förvärv eller bemyndigande förutsätter för sin giltighet att det biträtts av aktieägare med minst 2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädda aktierna. Det skall understrykas, att denna kompetensregel uteslutande gäller vid förvärv enligt det särskilda undantaget för marknadsnoterade bolag och icke de undantag som ovan behandlats och som gäller för alla aktiebolag. Till

skillnad från beslut om nyemission och nedsättning skall bolagsstämmans beslut om förvärv eller bemyndigande *inte anmälas för registrering*. Såsom skäl för denna skillnad har bl.a. anförts, att ett förvärv (eller överlåtelse) av aktier inte innebär någon förändring av bolagets *aktiekapital,* varför något behov av registrering icke föreligger. Ett bolagsstämmobeslut om förvärv eller bemyndigande skall föregås av en sedvanlig kallelse, som skall ange förslagets huvudsakliga innehåll och syftet med förvärvet. Förslaget till beslut skall vidare hållas tillgängligt hos bolaget för aktieägarna under minst två veckor före bolagsstämman. Förslaget skall i princip innehålla sådana uppgifter som ett slutligt bolagsstämmobeslut om förvärv eller bemyndigande måste innehålla enligt ABL 7:14–15. Till förslaget skall fogas årsredovisningshandlingar, revisionsberättelse, en styrelsens redogörelse för väsentliga händelser och ett yttrande från revisorerna över denna redogörelse (se närmare ABL 7:13). Såväl förslaget som bolagsstämmobeslutet skall innehålla uppgifter om förvärvsmetoden, och, om denna metod skall utgöras av ett förvärvserbjudande till aktieägarna, verkställandetidpunkten (före nästa ordinarie bolagsstämma), förvärvets omfattning i antalet aktier, vederlaget härför, och övriga villkor för förvärvet. För det fall att aktierna skall förvärvas via börs eller auktoriserad marknadsplats, m.m. skall beslutet innehålla uppgifter om verkställandetidpunkt, förvärvets maximala omfång, lägsta och högsta pris för aktierna och övriga villkor. Ett beslut om styrelsebemyndigande skall i princip innehålla liknande uppgifter.

3. Ett förvärv av aktier enligt det särskilda undantaget för marknadsnoterade bolag får *inte medföra att bolaget totalt innehar såsom egna aktier mer än 1/10 av samtliga aktier i bolaget.* Vid beräkningen av innehavet skall inkluderas samtliga aktier, *även sådana aktier som förvärvats på grund av de allmänna undantagen* och ännu ej avyttrats, men *även dotterföretags aktier i moderbolag*, oavsett om sådana förvärv varit tillåtna eller ej. Vid beräkningen av om bolaget i form av egna aktier har mer än 1/10 av samtliga aktier i bolaget skall följaktligen innefattas alla bolagets egna aktier, dotterföretags aktier i bolaget, oberoende av hur dessa aktier förvär-

vats och enligt vilket undantag. Vid beräkningen skall *däremot inte beaktas sådana egna aktier som bolaget emottagit som pant* (eller dotterföretags pant i moderbolagsaktier) *ej heller innehav på grund av förvärv som inte är undantagna enligt lagen.* Sådana pantsättningar och förvärv är *ogiltiga* och skall därför icke betecknas som "innehav". Däremot skall hänsyn tas till aktier som förvärvats enligt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse 4:5.

Den här berörda tioprocentsregeln är tillämplig uteslutande vid förvärv enligt det *särskilda* undantaget. Vid sådana förvärv skall det *totala* innehavet av egna aktier beaktas. Emellertid gäller också omvänt, att om ett bolag skall förvärva aktier enligt de allmänna undantagen, är tioprocentsregeln inte tillämplig. För de allmänna undantagen saknar det således betydelse att bolaget redan innehar 10 % av samtliga aktier i bolaget. Vidare skall antecknas, att tioprocentsregeln endast gäller *antalet aktier* och *icke röster* i bolaget. (Härtill kommer att bolaget inte får utöva någon rösträtt för de förvärvade aktierna.)

Vid beräkningen av det totala innehavet skall slutligen, som framgått ovan, dotterföretags innehav av aktier i moderbolaget beaktas. Ett sådant innehav kan ha förelegat i enlighet med vad som stadgas i ABL 7:25, dvs. vid moderbolagets förvärv av andelar eller aktier i dotterföretaget, genom vilket ett koncernförhållande uppkommit. Om ett bolag skall besluta om förvärv av egna aktier enligt det särskilda undantaget, måste således dotterföretagets innehav i moderbolaget tas i beaktande.

Antag emellertid att moderbolaget på grund av det särskilda undantaget förvärvat 10 % av antalet aktier i bolaget, och därefter förvärvar aktier eller andelar i ett företag som på grund av det senare förvärvet blir ett dotterföretag. Skall tioprocentsregeln även omfatta de aktier som dotterföretaget innehar i moderbolaget? Skall sanktionerna utlösas? Svaret är inte helt givet. Följande torde dock gälla. Eftersom bolagets egna förvärv enligt de *allmänna* undantagen i ABL 7:4 inte förhindras av att bolaget redan på grund av tidigare förvärv – enligt de allmänna undantagen eller det särskilda undantaget – innehar 10 % av bolagets samtliga aktier (eller

t.o.m. mer på grund av förvärv enligt allmänna undantag), kan ej heller dotterföretags innehav på grund av de allmänna undantagen (ABL 7:23 jämfört med 7:4) förhindras på grund därav. Förvärv på grund av de allmänna undantagen kan följaktligen ske oberoende av tioprocentsregeln och oberoende av om moderbolaget eller dotterföretaget genom förvärvet grundar ett koncernförhållande. Detsamma borde gälla när ett bolag, som t.ex. redan fyllt 10 %-kvoten, förvärvar ett dotterföretag med aktieinnehav i moderbolaget. Slutsatsen följer av ordalydelsen av tioprocentsregeln. Denna begränsningsregel gäller endast vid *förvärv av egna aktier* enligt det särskilda undantaget, och således inte vid förvärv av aktier eller andelar i vad som på grund av förvärvet blir ett dotterföretag.

Sammanfattningsvis gäller således, att när ett marknadsnoterat aktiebolag skall förvärva egna aktier enligt det *särskilda* undantaget, skall bolagets totala innehav av egna aktier, oavsett hur dessa förvärvats, men endast under förutsättning att förvärven är giltiga, inklusive dotterföretagsaktier i bolaget, beaktas vid beräkningen av hur många ytterligare egna aktier bolaget kan förvärva. Har däremot bolaget redan förvärvat aktier uppgående till 1/10 av samtliga aktier i bolaget (eller t.o.m. mer på grund av de allmänna undantagen), *finns inga hinder för bolaget att förvärva ytterligare aktier enligt de allmänna undantagen eller förvärva aktier eller andelar i dotterföretag som innehar moderbolagsaktier, eller förvärva rörelse med ytterligare egna aktier.*

Slutligen bör konsekvenserna av ABL 7:6 kommenteras. Vid förvärv av egna aktier enligt de allmänna undantagen föreligger ett avyttringskrav, vilket skall framgå nedan. Aktierna skall avyttras så snart det kan ske utan förlust, dock senast tre år efter förvärvet. I ABL 7:6 föreskrivs emellertid att detta avyttringskrav inte gäller marknadsnoterade bolag, om innehavet av egna aktier på grund av förvärvet enligt de allmänna undantagen ryms inom ramen för 10 %-regeln. Ett sådant innehav skall, som redan framgått ovan, givetvis beaktas när bolaget avser att förvärva flera egna aktier enligt det *särskilda* undantaget. Samtidigt gäller, som konstaterats ovan, att innehavet på grund av ABL 7:6 eller på grund av förvärv

av egna aktier enligt det särskilda undantaget icke hindrar nya förvärv utöver 10 %-kvoten enligt de allmänna undantagen.

4. Från borgenärsskyddssynpunkt *likställs ett förvärv av egna aktier med en vinstutdelning*. Till frågan om detta betraktelsesätt är riktigt, återkommer framställningen nedan. I ABL 7:8 har upptagits bestämmelser till skydd för bolagets bundna egna kapital, vilka i princip korresponderar med dem som avser vinstutdelningar och värdeöverföringar. Bestämmelserna påkallas delvis av EU:s andra bolagsdirektiv, artikel 19 punkt 1c. Såsom bestämmelserna till skydd för bolagets bundna egna kapital har utformats, ger de i förstone intrycket av att vara tillämpliga vid samtliga förvärv av egna aktier, enligt såväl de allmänna som de särskilda undantagen. Samtidigt är tillämpningsområdet för kapitalskyddsbestämmelserna begränsat till marknadsnoterade bolag enligt ABL 7:3, 1 st. Övriga publika och privata aktiebolag är inte underkastade dessa kapitalskyddsbegränsningar. (I Lagförslaget har detta förhållande ändrats så att alla förvärv av egna aktier kvalificeras som värdeöverföringar [14:1], varvid kapitalskyddsbestämmelserna, inklusive försiktighetsprincipen, skall iakttas enligt 14:4.) Av ordalydelsen i ABL 7:8, 1 st., följer, att hela stadgandet är tillämpligt på samtliga marknadsnoterade bolags förvärv av egna aktier, oberoende av om förvärvet skett enligt de allmänna eller de särskilda undantagen. Rubriceringen till avsnittet ifråga, "Förvärv enligt 3 § första stycket", förefaller emellertid antyda, att kapitalskyddsbestämmelsen endast avser förvärv enligt det *särskilda* undantaget. I lagtolkningssammanhang torde emellertid avsnittsrubriceringen vara av underordnad betydelse. Dessutom ger rubrikens hänvisning till förvärv enligt 3 § 1 st. icke klart besked om vilka förvärv som avses, eftersom sistnämnda första stycke också innehåller en hänvisning till förvärv enligt de allmänna undantagen (se sista meningen i stycket). Kapitalskyddsbestämmelsens ordalydelse synes således ge vid handen, att bestämmelsen är tilllämplig på samtliga förvärv av egna aktier, oavsett om förvärven skett enligt allmänna eller särskilda undantag, men endast på *marknadsnoterade* bolag enligt ABL 7:3, 1 st. En sådan avgränsning tycks emellertid vara irratio-

nell. Om avsikten är att implementera EU:s andra bolagsdirektiv, är avgränsningen för snäv: Direktivet är tillämpligt på samtliga publika bolag, icke uteslutande på marknadsnoterade bolag. Å andra sidan ger förvärv enligt de allmänna undantagen ytterst sällan upphov till sådana förvärv som kan likställas med vinstutdelning. Såsom de allmänna undantagen utformats, är de i princip självreglerande i kapitalskyddshänseende.

I tillägg härtill kan synsättet, att ett marknadsnoterat bolags förvärv av egna aktier enligt det särskilda undantaget är att jämställa med en vinstutdelning, ifrågasättas. (Jfr Lagförslaget 14:1, enligt vilket förvärv av egna aktier betecknas som en värdeöverföring att likställa med en vinstutdelning.) En vinstutdelning eller värdeöverföring är definitionsmässigt en från bolagets synpunkt sett en *vederlagsfri* utbetalning. Till frågan vad som utgör en vederlagsfri utbetalning hänvisas till Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier, Särskilt om kapitalskyddet s. 59 ff. Härvid skall antecknas, att ett marknadsnoterat bolags förvärv av egna aktier endast mycket sällan kvalificeras som en vederlagsfri utbetalning, eftersom bolaget som motprestation i regel erhåller omsättningsbara aktier med ett marknadsvärde. Endast till den del köpeskillingen är högre än marknadsvärdet, kan fråga bli om en vederlagsfri utbetalning såvitt gäller värdediskrepansen. Visserligen får enligt årsredovisningslagen 4:14 egna aktier icke tas upp som tillgång i bolagets balansräkning (varom mera nedan). Vid prövningen av om en transaktion utgör en *vederlagsfri* utbetalning är det emellertid inte transaktionens effekter på balansräkningen, utan dess *faktiska* konsekvenser som skall vara avgörande. Faktisk sett kan knappast betvivlas att ett marknadsnoterat bolags lager av egna aktier i regel, eller i vart fall allt som oftast, har ett värde. Det är detta värde i förvärvsögonblicket som skall läggas till grund för vederlagsfrihetsprövningen.

Kapitalskyddsbestämmelsen i ABL 7:8 kan därför uteslutande ses som ett resultat av EU:s andra bolagsdirektiv. Mot bakgrund av att detta direktiv endast medger förvärv av egna aktier inom ramen för fritt eget kapital (förvärvet får inte medföra att värdet av bolagets nettotillgångar understiger det bundna kapitalet enligt balans-

räkningen, se art. 19.1 c) jämfört med art. 15.1 a)), måste varje förvärv av egna aktier enligt en form av legaldefinition ses som en vederlagsfri utbetalning, trots att så oftast faktiskt inte är fallet. Denna EU-bestämmelse skulle ha haft mindre betydelse, eller ingen betydelse alls, om de förvärvade aktierna kunde upptas som tillgång med värde i balansräkningen på samma sätt som vilken förvärvad tillgång som helst. Enligt det andra bolagsdirektivet art. 22.1b) skall emellertid aktierna tas upp som en tillgång i balansräkningen endast om ett motsvarande belopp, som bolaget inte får förfoga över, tas upp som en reserv bland skulderna, dvs. som del i bolagets bundna egna kapital. Såsom framgått ovan, har i Sverige i stället valts modellen, att förvärvade egna aktier överhuvudtaget icke får tas upp som tillgång (med värde) i balansräkningen, vilket från kapitalsynpunkt ger samma effekt.

Tillgängliga för förvärv av egna aktier är således endast bolagets tillgångar motsvarande det fria egna kapitalet. Samma sak gäller förvärvskostnaderna. Som en första förutsättning enligt kapitalskyddsbestämmelsen gäller att endast sådana aktier får förvärvas som är helt betalda. Förutsättningen tar sikte på främst den möjlighet som ges i ABL 4:13 till viss kredit i samband med en nyemission av aktier. Sådana aktier som på grund av krediten inte är fullt betalda kan ha tilldelats enligt ABL 4:9. Dessutom kan hela kapitalökningen ha registrerats enligt ABL 4:12. (Enligt *Lagförslaget* skall tilldelningen ha skett enligt Lagförslaget 2:17. Blir sådana tilldelade aktier föremål för förvärv, trots att de icke har betalats och därmed *inte* ingår i en registrering av kapitalökning enligt 12:23 1 p., förhindras förvärvet av kapitalskyddsbestämmelsens första stycke).

Vidare får ett förvärv av egna aktier icke ske med större belopp än att det efter förvärvet finns full täckning för det bundna egna kapitalet. Denna del av kapitalskyddsbestämmelsen sammanfaller med vinstutdelningsreglerna. Härutöver skall på samma sätt som vid vinstutdelning försiktighetsregeln tillämpas (i denna del hänvisas till framställningen nedan, avsnitt VIII). Om bolaget är moderbolag, skall det finnas täckning för det bundna egna kapitalet i kon-

cernen, varvid bedömningen skall göras med utgångspunkt i den av moderbolaget upprättade koncernbalansräkningen. Till skillnad från ABL 12:2 förutsätts härvid icke att moderbolaget har skyldighet att upprätta koncernredovisning. (I Lagförslaget har denna förutsättning avskaffats och i stället har inom ramen för försiktighetsregeln införts ett krav på att koncernens ställning beaktas i visst hänseende).

Om ett beslut om förvärv av egna aktier tas på extra bolagsstämma, skall beräkningen av bolagets fria respektive bundna egna kapital ske på grundval av den senast fastställda balansräkningen jämte viss kompletterande information enligt ABL 7:12, 2 st. Avsikten är att vad som utgör bolagets fria egna kapital enligt den senast fastställda balansräkningen skall gälla som den yttersta ramen för bolagets förvärv av egna aktier; den kompletterande informationen kan endast innebära en inskränkning av det förvärvsutrymme som den senast fastställda balansräkningen ger. Styrelsens redogörelse enligt ABL 7:13 3 p. kan således medföra att det fria egna kapitalet enligt den senast fastställda balansräkningen icke fullt ut kan användas för förvärv av egna aktier.

Utformningen av kapitalskyddsbestämmelsen är i denna del en smula irrationell. Vad som inträffat i bolaget efter fastställandet av en balansräkning för det senaste räkenskapsåret fram till tidpunkten för den extra bolagsstämman brukar normalt beaktas vid tillämpningen av försiktighetsregeln. En sådan tillämpning kan ge till resultat att det fria egna kapitalet enligt fastställd balansräkning icke fullt ut kan utnyttjas. Såsom kapitalskyddsbestämmelsen ifråga är utformad, synes förutsättas, att försiktighetsregeln tillämpas två gånger. Lämpligare hade varit att föra in den i ABL 7:8, 2 st., reglerade prövningen av utrymmet för förvärv av egna aktier i försiktighetsprincipen i stadgandets 3 st. I Lagförslaget 14:3 har nämnda irrationalitet reducerats något såtillvida att beräkningen av bolagets fria egna kapital i 3 p. ges ett mer konkret innehåll: Beräkningen skall icke endast ske på grundval av en styrelsens redogörelse av väsentliga händelser utan också på grundval av uppgifter "om förändringar i det bundna egna kapitalet som har skett under

samma tid". En sådan beräkning förefaller emellertid förutsätta upprättandet av en ny balansräkning för perioden fram till den extra bolagsstämman. Det kan ifrågasättas om detta skall vara nödvändigt, om samma prövning ändå kan ske inom ramen för försiktighetsregeln.

5. Närmare om ABL 7:23–25 och särskilt s.k. omvända fusioner

I ABL 7:23, 1 st., stadgas förbud för dotterföretag att förvärva aktier i moderbolag. Avtal i strid med förbudet är ogiltiga. Med "dotterföretag" får i första hand anses vara avsett svenska aktiebolag. Fråga kan ej vara om utländska bolag, oavsett om sådana betecknas som aktiebolag, handels-, kommanditbolag eller liknande. Såsom poängterats tidigare (se ovan avsnitt II), kan svensk aktiebolagslag inte vara tillämplig på utländska, associationsrättsliga företeelser. Däremot är det inte uteslutet att förbudsstadgandet är tillämpligt på andra svenska företagsformer än aktiebolag, t.ex. handels- och kommanditbolag. Det är emellertid inte sannolikt. Skälet till denna slutsats är att aktiebolagslagen allmänt sett får anses ta sikte på svenska aktiebolag, och endast indirekt på andra svenska företagsformer i den meningen att regleringen sker av moderbolagets transaktioner och mellanhavanden. I förarbetena till det nya regelsystemet i ABL 7 kap. (prop. 1999/200:34 s. 113 och 135) har också uttalats, att speciallagstiftning har företräde framför bestämmelserna i ABL. Så har t.ex. beträffande bank- och värdepappersrörelse en *explicit* erinran om särbestämmelserna i bankrörelselagen (1987:617) 9:9 respektive lagen (1991:981) om värdepappersrörelse 3:6 inte betecknas som behövlig. För de flesta företagsformer (med undantag av näringsverksamhet i ideella föreningar) finns speciallagstiftning, som således måste anses ha företräde framför de allmänna bestämmelserna i ABL. För handels- och kommanditbolag föreskrivs inget förbud i lagen om handelsbolag och enkla bolag att teckna, förvärva eller inneha aktier i vad som enligt ABL kvalificeras som ett moderbolag. De angivna

bestämmelserna i bank- och värdepappersrörelselagstiftningen är visserligen långt mer av karaktären *lex specialis* än avsaknaden av ett förbud i lagen om handelsbolag och enkla bolag. Likväl förefaller det som onaturligt att i aktiebolagslagen stadga förbud för t.ex. handels- och kommanditbolag att förvärva aktier i ett aktiebolag, och dessutom att sanktionera förbudet med ogiltighet; ett avtal om ett sådant förvärv tecknas också mellan – i förhållande till moderbolaget – externa parter. Någon säker slutsats kan dock inte dras av förevarande rättskällor; rättsläget får därför betecknas som oklart. Det kan härvid antecknas, att det förfarande som föreskrivs i ABL 7:5 när aktier förvärvats enligt undantag i ABL 7:4, p. 1, 2 och 4, jfr ABL 7:23, 2 st. i princip inte kan bli tillämpligt på andra företagsformer än aktiebolag. Regelsystemet i ABL 7 kap. synes inte vara anpassat till handels- och kommanditbolag. I 1944 års aktiebolagslag 69 § stadgades endast förbud för "dotterbolag" att mot vederlag förvärva eller såsom pant mottaga aktie i moderbolaget. I förslaget till aktiebolagslag SOU 1971:15 (s. 201) återknöts, såvitt är av intresse i detta sammanhang, till då gällande lag, dvs. förbudet avsåg endast aktiebolag. I propositionen till 1975 års aktiebolagslag (1975:103 s. 215 f. och 366) med kommentarer till dåvarande 7:1 ersattes termen "dotterbolag" med "dotterföretag" utan vidhängande förklaring. Därefter har denna terminologi överlevt samtliga lagändringar och förarbeten härtill utan att begreppsvalet och dess betydelse för tillämpningen av förbudet behandlats (se t.ex. SOU 1992:83 s. 160, prop. 1993/94:196 s. 165 f., SOU 1997:22 s. 159 och 245 f. samt prop. 1999/2000:34 s. 86 och 133 f.). Det exempel på s.k. indirekta förvärv av egna aktier som ges i nyssnämnda förarbeten hänför sig uteslutande till ett *aktiebolags* förvärv av moderbolagsaktier.

Samma svårighet som nu påtalats vidlåder tillämpningen av ABL 7:25. Om ett aktiebolag har blivit moderbolag och dess *dotterföretag* innehar aktier i moderbolaget, skall det i ABL 7:5 föreskrivna förfarandet tilllämpas på aktieinnehavet ifråga. Aktier som sålunda förvärvats i strid med ABL 7:23, eller som ett dotterföretag innehar efter den i ABL 7:25 förutsedda koncernbildningen, skall enligt ABL 7:5 avyttras så snart ske kan utan förlust, dock senast tre år efter förvärvet (eller efter det att koncernförhållande uppkom). Avyttringskravet är emellertid inte

absolut: Aktie som inte har avyttrats inom treårsfristen skall av bolaget förklaras ogiltiga, varvid bolaget har att nedsätta aktiekapitalet med aktiernas nominella belopp och vidare i enlighet med det i ABL 7:5 stadgade förfarandet. Återigen kan konstateras, att utformningen av ABL 7:5 är inte avpassad till den eventuella förutsättningen, att ett dotterföretag kan vara ett handels- eller kommanditbolag.

Däremot synes icke stadgandet i ABL 7:9, andra meningen, att vid beräkningen av hur stor andel av aktierna som ett marknadsnoterat bolag får förvärva, dotterföretags aktier vid beräkningen skall anses som bolagets, föranleda några problem. Beräkningsnormen träffar moderbolaget, som har att vid beräkningen av andelen egna aktier ta hänsyn till dotterföretagens innehav.

I det s.k. praktiska rättslivet har tillämpningen av ABL 7:3, 1 st., stundom aktualiserats i samband med s.k. *omvända fusioner* ("downstream mergers"). Avsikten med en sådan fusion är att moderbolaget skall absorberas av dotterbolaget, och inte det som förutsatts i ABL 14:22 ff., nämligen att dotterbolaget skall uppgå i moderbolaget. Fusionsvarianten synes i praktiken aktualiseras främst när dotterbolaget är rörelsedrivande och moderbolaget mer eller mindre ett holdingbolag.. Med hänsyn till att den omvända fusionen sålunda inte innebär absorption av helägt dotterbolag, kan de något förenklade fusionsbestämmelserna i ABL 14:22–29 icke bli tillämpliga. Fastmera får den omvända fusionen anses underkastad de allmänna fusionsbestämmelserna i ABL 14:1–21. Av intresse i förevarande sammanhang är inte dessa bestämmelser i sig, utan endast konstaterandet att dessa är tillämpliga, och därutöver frågan om det i ABL 7:23, 1 st., stadgade förbudet omöjliggör omvända fusioner.

Den omvända fusionen skall leda till att dotterbolaget övertar bl.a. moderbolagets tillgångar. Vid något tillfälle kommer dotterbolaget att i vid mening "förvärva" moderbolagets aktier i dotterbolaget. Fusionsvederlaget är aktier i det övertagande bolaget, dvs. dotterbolaget. Fusionsplanen enligt ABL 14:4 (p. 3 och 4) skall bl.a. innehålla uppgift om tidpunkten och övriga villkor för utlämnandet av fusionsvederlaget, rätt till utdelning i övertagande bolag, etc. Ingenting i ABL 14 kap. hindrar att tidpunkten för utgivandet av fusionsvederlaget koordineras med rätts-

verkningarna enligt ABL 14:20 av en registrering av fusionen, nämligen att det överlåtande bolaget upplöses, att dess tillgångar, skulder (med undantag för skadeståndsanspråk enligt ABL 15:1–3) övergår till det övertagande bolaget och att aktieägare i det överlåtande bolaget blir aktieägare i det övertagande bolaget. Vid sådana förhållanden är det uteslutet att den omvända fusionen skulle medföra, att dotterbolaget under fusionsförfarandet förvärvar aktier i moderbolaget i den mening som föreskrivs i ABL 7:23, 1 st. ABL 7:25 kan inte heller bli tillämplig. Fusionsförfarandet vid en sådan absorption synes inte förutsätta att dotterbolaget före fusionen innehar aktier i moderbolaget, utan endast att fusionsplanen verkställs i och med registreringen genom absorptionen och moderbolagets upplösning. Den omvända fusionen enligt fusionsbestämmelserna i ABL 14 kap. utgör följaktligen inte ett "förvärv av aktier" i moderbolaget. Det är för övrigt förenat med vissa svårigheter att föreställa sig, att förbudet i ABL 7:23 av lagstiftaren avsetts att äga tillämpning på en regelrätt fusion. Det är också opraktiskt att en fusion enligt någon plan föregås av ett dotterbolags förvärv av aktier i moderbolaget. Däremot kan – åtminstone i teorin – det förhållandet att dotterbolaget på grund av fusionen övertar aktier i sig självt föranleda viss svårighet att förena förfarandet med det grundläggande förvärvsförbudet i ABL 7:3. Från detta förbud undantas emellertid enligt ABL 7:4 2 p. förvärv av egna aktier i samband med övertagande av affärsrörelse, och till ett sådant övertagande räknas fusionen (se SOU 1971:15 s. 201 och förslagsstadgandet 8:48, 2 st., där fusionen uttryckligen omnämns; i den slutliga lagtexten befanns så explicita termer ej vara nödvändiga, enär fusionen är ett övertagande av affärsrörelse, se prop. 1975:103 s. 366). Vid omvända fusioner blir därför undantaget i ABL 7:4 tillämpligt och därtill sanktionsbestämmelserna i ABL 7:5.

6. Sanktionssystemet

Rättsföljderna vid otillåtna rättshandlingar av här aktuellt slag varierar bl.a. beroende på om det rättshandlande bolaget är marknadsnoterat eller inte och rättshandlingens karaktär.

När ett aktiebolag *tecknar* egna aktier är rättsföljderna lika för alla aktiebolag.

Om ett aktiebolag har tecknat egna aktier, skall alla stiftare eller vid nyemission styrelseledamöter och den verkställande direktören anses ha tecknat aktierna för egen räkning med solidariskt ansvar för betalningen, med undantag av den som kan visa att han varken kände till eller bort känna till aktieteckningen. Samma personliga ansvar åvilar den som har tecknat aktier i eget namn men för bolagets räkning. Ansvar för styrelsesuppleant och vice verkställande direktör kan enligt sedvanliga ansvarsprinciper endast aktualiseras när suppleanten eller vice VDn trätt i stället för ordinarie ledamot eller den verkställande direktören. Vid dotterföretags teckning av aktier i moderbolag gäller enligt ABL 7:1, 3 st., samma ansvarsregler. Det förefaller som om lagstiftaren har avsett, att även i detta fall blir moderbolagets styrelseledamöter och verkställande direktör solidariskt ansvariga för betalningen. Förarbetena (främst prop. 1993/94:196 s. 165) lämnar inget klart besked i frågan. Vägledning kan ej heller sökas i EU:s andra bolagsdirektiv (eller för övrigt i andra direktiv), eftersom bestämmelsen inte förestavats av EU-rätten. Naturligare vore att – möjligen i strid med bestämmelsens ordalydelse – låta dotterföretagets ledning i vart fall primärt ansvara för betalningen på grund av teckningen och därmed förutsätta att dotterföretaget handlat självständigt, trots att det faktiska utfallet ofta är ett annat. Därmed skulle sanktionssystemet ligga i linje med det som är tillämpligt i aktiebolagslagen i övrigt, t.ex. vid olovlig vinstutdelning, förbjuden utlåning, etc. Ett dotterföretags ledning kan emellertid bestå av annat än en styrelse och en verkställande, framför allt om dotterföretaget utgörs av ett handels- eller kommanditbolag (har dotterföretaget däremot säte i utlandet, torde de svenska bestämmelserna icke vinna tillämpning överhuvudtaget.) Aktier som tecknas i eget namn men för bolagets räkning kan allt som oftast ha tecknats av en kommissionär, som därigenom själv blir bunden av teckningen och betalningsansvaret.

När ett aktiebolag tar emot egna aktier som pant, eller ett dotterföretag tar emot aktier i moderbolaget som pant, stadgas att *pantavtalet är ogiltigt.*

En uttrycklig ogiltighetsregel infördes genom 1944 års ABL. Dessförinnan var ogiltighetssanktionen omdiskuterad men ändå omfattad – dock inte utan betydande tvivel – av den aktiebolagsrättsliga doktrinen. (Se t.ex. Nial, Om förvärv i strid mot legala förbud, TfR 1936 s. 1 s. 70 f. och Karlgren, SvJT 1938 s. 210 f.) Rättspraxis var motstridig. Ett avtal i strid med förbuden i 7 kap. kan betecknas som ett behörighetsöverskridande, med konsekvensen att avtalet är ogiltigt. Något utrymme för god tro ges inte. Mindre intressant i sammanhanget är om ogiltigheten skall kvalificeras som varande av karaktären angriplighet eller nullitet. I praktiken torde risken för värdeförändringar ha en så stark preventiv effekt att skillnaden mellan angriplighet och nullitet – om nu en sådan föreligger – i parternas ögon elimineras. Om det vid angriplighet förhåller sig så att avtalet endast kan angripas av parterna själva, synes skillnaden mellan angriplighet och nullitet ha sin största praktiska betydelse när transaktionen utgör ett led i en skatteplanering. I beaktande av att behörighetsöverskridandet är sådant att det inte ens kan botas genom ratihabition av bolagsstämman, ligger det närmast till hands att anta, att ogiltigheten är av nullitetskaraktär.

Såvitt sedan gäller *förvärv av egna aktier* förekommer i lagen en skiljelinje mellan olika typer av aktiebolag, nämligen marknadsnoterade och övriga aktiebolag. Med marknadsnoterade bolag förstås publika aktiebolag, vars aktier är noterade vid en börs, auktoriserad marknadsplats eller någon annan reglerad marknad. Noteringen av aktiebolaget skall således ha skett på en auktoriserad marknadsplats eller en reglerad marknad enligt EU:s reglering inom EES eller marknad utanför EES. Har ett aktiebolag givit ut flera aktieslag, bland vilka endast ett eller några är noterade på börs, skall bolaget ändå anses vara ett marknadsnoterat bolag. Onoterade aktieslag kan i sådant fall endast förvärvas enligt den metod som anvisas i ABL 7:1, 3 p. För sådana aktiebolag som icke är marknadsnoterade i nu angiven mening finns ett allmänt förbud mot förvärv av egna aktier i ABL 7:3, 2 st. Avtal i strid med förbudet är ogiltiga. (Se om ogiltigheten ovan.) Från förbudet undantas vad som ovan betecknats som de allmänna undantagen, dvs. vederlagsfria aktier, förvärv av aktier som ingår i en affärsrörelse, inlösen av aktier enligt ABL 13:21 och inrop av aktier på auktion. För sådana aktiebolag som

således inte är marknadsnoterade görs inga andra undantag. Förvärv som inte undantagits är ogiltiga. Aktier som däremot förvärvats enligt undantagen, och som inte dragits in genom nedsättning av aktiekapitalet, skall avyttras så snart det kan ske utan förlust, dock senast tre år efter förvärvet. Avyttringskravet avser uteslutande sådana aktier som förvärvats enligt undantagen. Till avyttringskravet och övriga rättsföljder återkommer framställningen nedan.

För *marknadsnoterade* bolag gäller inte huvudregeln om förbud och ogiltighet. I stället tillämpas för sådana bolags förvärv av egna aktier ABL 7:10, innehållande krav på avyttring inom sex månader från förvärvet och vad som i övrigt skall gälla om avyttring inte sker (aktierna skall förklaras ogiltiga och aktiekapitalet nedsättas med aktiernas nominella belopp). Till avyttringskravet, ogiltighetsförklaring, m.m. återkommer framställningen nedan. Viktigast att konstatera är emellertid att *marknadsnoterade bolags förvärv av egna aktier aldrig kan bli ogiltiga på grund av bestämmelserna i ABL :s 7 kap.* (En annan sak är självklart sedan om ogiltighet föreligger på annan, avtalsrättslig grund; ogiltighet på grund av annan bestämmelse i ABL torde dock inte kunna komma ifråga med hänsyn till att regleringen i ABL 7:10 utgör *lex specialis*.) Sanktionssystemet i ABL 7:10 byggs å andra sidan ut genom t.ex. skadeståndsreglerna i 15 kap. Konsekvensen av lagens uppbyggnad och utformning är för marknadsnoterade aktiebolags vidkommande bl.a. följande.

1. Om ett marknadsnoterat bolag förvärvar egna aktier i enlighet med undantagsreglerna i ABL 7:4, är *förvärvet* giltigt. Innehavet av aktierna skall behandlas enligt ABL 7:5 med iakttagande av ett avyttringskrav, eller *ogiltigförklaring av aktierna* och nedsättning av aktiekapitalet. Alternativt kan bolaget välja att behålla aktierna genom ett förvärv, varigenom bestämmelserna i ABL 7:7–16 blir tillämpliga. Även om saken inte är fullständigt klar, får förutsättas, att varje marknadsnoterat aktiebolags förvärv av egna aktier, med undantag av förvärv enligt de allmänna undantagen i ABL 7:4, för att vara formenligt måste föregås av ett bolagsstämmobeslut. (I ABL 7:3, 1 st., stadgas att endast sådana förvärv som följer bestäm-

melserna i ABL 7:7–9 skall underkastas formkraven i ABL 7:11–16. Härav skulle man vid en strikt bokstavstolkning kunna dra slutsatsen, att andra förvärv, som inte undantas i ABL 7:4, inte förutsätter att formkraven uppfylls. En sådan tolkning står emellertid knappast i överensstämmelse med lagstiftarens avsikt och lagens ändamål.) För det fall således ett marknadsnoterat bolag har förvärvat aktier enligt undantagen i ABL 7:4, och därefter beslutat sig för att behålla aktierna genom förvärv, måste formföreskrifterna i ABL 7:11–16 följas. Förvärvet tillhör visserligen inte de i ABL 7:7 angivna, tillåtna förvärvsmetoderna, men förvärvet blir icke av det skälet ogiltigt. Fastmera skall vad som stadgas i ABL 7:10 om otillåtna förvärv av egna aktier tillämpas. Resultatet härav blir att bolaget ges ytterligare en tidsfrist om sex månader för avyttring av aktierna.

2. Ett förvärv från ett marknadsnoterat aktiebolags sida enligt en annan metod än dem som anvisats i ABL 7:7 såsom tillåtna leder heller inte till ogiltighet av förvärvet. Om ett sådant bolag t.ex. förvärvar en aktiepost av en större aktieägare utan att rikta ett förvärvserbjudande till samtliga aktieägare, utlöses endast bestämmelserna i ABL 7:10 om otillåtna förvärv (avyttringskrav, ogiltigförklaring av aktierna och nedsättning av aktiekapitalet): Såsom ovan berörts, får förutsättas att även ett sådant förvärv föregåtts av ett iakttagande av formkraven i ABL 7:11–16. I praktiken torde därigenom det bli mindre vanligt med förvärv av minoritetsposter av aktier, i synnerhet som ett beslut av bolagsstämman om förvärv av egna aktier eller om bemyndigande för styrelsen att fatta ett sådant beslut endast är giltigt om det biträtts av aktieägare med minst 2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädda aktierna. Eftersom ett bemyndigande enligt ABL 7:15, 1 p. för styrelsen att fatta beslut om förvärv av egna aktier bl.a. skall innehålla uppgifter om det sätt på vilket aktier får förvärvas, torde förvärv enligt otillåtna metoder bli sällsynta i praktiken. Ett förvärv utan bolagsstämmobeslut, godkännande eller bemyndigande får betecknas som ett behörighetsöverskridande och är därmed ogiltigt, oavsett om förvärvsmetoden i sig är tilllåten eller inte. Det-

samma gäller ett förvärv som grundas på ett bemyndigande enligt ABL 7:15, men där förvärvet skett på annat sätt än vad bemyndigandet medger (eller där bolagsstämmobeslutet tillkommit under ogiltiga, klanderbara former, eller är nulliteter). Upphävs ett bolagsstämmobeslut som en följd av klander, kan godtroende medkontrahent ändå göra gällande förvärvsavtal (vilket följer av allmänna principer, se prop. 1999/2000:34 s. 122). Av det sagda följer således, att *giltigheten av ett förvärv enligt en otilllåten förvärvsmetod är betingad av att bolagsstämman sanktionerat förvärvet enligt bestämmelserna i ABL 7:11–16*. Har emellertid bolagsstämman lämnat ett sådant medgivande i föreskriven form är förvärvet giltigt oavsett förvärvsmetod.

3. Förvärv i strid med kapitalskyddsbestämmelsen i ABL 7:8 kvalificeras också som otillåtna förvärv av egna aktier och sanktioneras uteslutande av ABL 7:10 med tillägg för de skadeståndsrättsliga principerna i ABL 15 kap. Eftersom varje marknadsnoterat aktiebolags förvärv av egna aktier, oavsett förvärvsmetod, med undantag av förvärv enligt de allmänna undantagen i ABL 7:4, måste föregås av ett bolagsstämmobeslut i enlighet med bestämmelserna i ABL 7:11–16, får förvärv i strid med kapitalskyddsbestämmelsen antas vara mera sällan förekommande. Lämnas bolagsstämmans bemyndigande till styrelsen att fatta beslut om förvärv, kan emellertid bemyndigandet ge utrymme för förvärv i strid med kapitalskyddsbestämmelsen; bemyndigandet skall visserligen ange förvärvets omfattning genom att ge uppgift om det högsta antalet aktier som får förvärvas, men bolagets utveckling kan bli sådan att dess ställning inte medger förvärv i sådan omfattning. Även om det bundna kapitalet enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret inte reduceras på grund av händelseutvecklingen efter fastställandet, kan en tillämpning av försiktighetsregeln eller hänsynstagande till väsentliga händelser efter räkenskapsårets utgång begränsa utrymmet för förvärv. Ett förvärv kan således vara formenligt och i enlighet med bolagsstämmans bemyndigande, och därmed inom ramen för styrelsens behörighet och fullt giltigt, men ändå stå i strid med kapitalskyddsbestämmelsen. Sådana förvärv

skall behandlas enligt ABL 7:10, dvs. avyttringskrav, ogiltigförklaring av aktier och nedsättning av aktiekapital. Såsom kommer att beröras nedan, avser avyttringskravet endast sådana förvärv som inte ryms inom bolagets fria egna kapital med tillägg för en tillämpning av försiktighetsregeln, dvs. endast det otillåtna överskottet, utom vad gäller aktier som inte är helt betalda, i vilket fall varje sådant förvärv anses vara otillåtet.

4. Ett marknadsnoterat aktiebolag får inte förvärva egna aktier enligt ABL 7:7–16 i större utsträckning att bolagets innehav av egna aktier efter förvärvet uppgår till högst 1/10 av samtliga aktier i bolaget. Härvid inkluderas, såsom ovan påtalats, aktier som förvärvats enligt de allmänna undantagen i ABL 7:4 och dotterföretags aktier i bolaget. Aktier som bolaget innehar som pant, liksom dotterföretags pant i moderbolagets aktier, skall inte innefattas i beräkningen, eftersom sådana pantavtal är ogiltiga. (Detsamma bör gälla *utländska* dotterföretags pant i det svenska moderbolaget, oavsett att dotterföretagets hemlands lag föreskriver att panten är giltig; fråga är ju om en tillämpning av beräkningsprinciperna för 10 %-regeln för det svenska moderbolaget enligt svensk lag.) Däremot kan tänkas, att dotterföretagets pant i moderbolagets aktier uppkommit innan dotterföretaget kom att ingå i ett koncernförhållande med moderbolaget (jfr ABL 7:25, enligt vilken bestämmelse dotterföretags innehav av aktier också kan bestå av till dotterföretaget pantsatta aktier i moderbolaget, före koncernförhållandets uppkomst).

   Ovan har också erinrats om att det förhållandet att 10 %-kvoten fyllts icke hindrar ett marknadsnoterat bolag från att förvärva ytterligare aktier enligt de allmänna undantagen i ABL 7:4 eller förvärva sådana företag som blir dotterföretag, trots att dessa innehar aktier i moderbolaget (förvärvade eller i form av pant) vid förvärvstidpunkten. Med begreppet "inneha" torde avses samma sak som i koncerndefinitionen i ABL 1:5, dvs. innehav med äganderätt eller i form av pant eller på grund av säkerhetsöverlåtelse eller liknande. I lagrådets yttrandet 1999-11-11 till förslaget till ändring av bestämmelserna i 7 kap. (se prop. 1999/2000:34, bil. 7, s. 226), ska-

pas emellertid en oklarhet med uttalandet, att ordet "innehav" skall förstås så att det "civilrättsligt avser äganderätt". Denna oklarhet är möjligen betydelselös vid tilllämpningen av ABL 1:5, men är inte helt utan praktisk betydelse vid tillämpningen av ABL 7:9, särskilt i beaktande av frågan om dotterföretags tidigare innehav av aktier i moderbolaget på grund av pantavtal.

Det enligt ABL 7:9–10 otillåtna överskottet kan i praktiken följaktligen endast uppkomma genom tillåtna förvärv enligt ABL 7:7 (förvärv enligt andra förvärvsmetoder får antas inte vara sanktionerade av bolagsstämman och får därmed betraktas som obehöriga och ogiltiga förvärv). Det är endast sådana aktier som inte ryms inom 10 %-kvoten genom sistnämnda förvärv som berörs av avyttringskravet, ogiltigförklaring och nedsättning enligt ABL 7:10.

7. Avyttringskravet, ogiltigförklaring av aktier och nedsättning av aktiekapital

För aktiebolag som icke är marknadsnoterade gäller, såsom ovan nämnts, att lagstridiga förvärv av egna aktier är ogiltiga. Aktier som sådana bolag förvärvar enligt de allmänna undantagen i ABL 7:4 skall avyttras så snart det kan ske utan förlust, men senast inom en treårsperiod efter förvärvet. Samma avyttringskrav gäller för marknadsnoterade bolag som förvärvat aktier enligt dessa allmänna undantag. Om marknadsnoterade aktiebolag emellertid förvärvar aktier i strid med ABL 7:7–9, gäller att sådana aktier skall avyttras inom sex månader från förvärvet. I samtliga fall skall aktier, som inte avyttrats inom den föreskrivna tidsfristen om tre år resp. sex månader, av bolaget förklaras ogiltiga, med följd av aktiekapitalet skall nedsättas med aktiernas nominella belopp. Ogiltigförklaring av *aktierna* skall således ske först efter utgången av den angivna tidsfristen. Vid tolkning av ABL 7:10 är detta otvetydigt.

Av ABL 7:5 framgår det sagda på så sätt att det i bestämmelsen stadgas, att aktier som inte avyttrats inom "denna tid" skall av bolaget för-

klaras ogiltiga. Med "denna tid" synes endast kunna åsyftas treårsfristen. Till skillnad från avyttringskravet i ABL 7:10, där endast en sexmånadersfrist föreskrivs, har avyttringskravet i ABL 7:5 två tidsfrister, nämligen "så snart det kan ske utan förlust" och "senast tre år efter förvärvet". I lagförarbetena (prop.1999/2000:34 s. 116) uttalas beträffande vederlagsfria förvärv, att aktier på grund av sådant förvärv "måste avyttras omedelbart". Alternativet är att bolaget drar in aktierna genom nedsättning av aktiekapitalet. Tidpunkten för avyttring måste först som sist avgöras på grundval av en affärsmässig bedömning, som ytterst sanktioneras av skadeståndsreglerna i ABL 15 kap. En omedelbar avyttring av aktier, som erhållits av bolaget utan vederlag, kan visserligen vara till gagn för bolaget, men kan också innebära skada. Det synsätt som kommer till uttryck i lagförarbetena synes vara, att om aktierna erhållits av bolaget för 0 kronor kan de omedelbart utförsäljas för allt över 0 kronor, eller t.o.m. ges bort, eftersom en sådan transaktion inte innebär en förlust för bolaget. Bolagsstyrelsen har emellertid att tillse, att varje bolagets transaktion är affärsmässig och att den aktiebolagsrättsliga likhetsgrundsatsen iakttas. Visserligen skulle styrelsen mot ett krav på skadestånd för en oaktsam avyttring till ett alltför lågt pris kunna hävda, att ett sådant avyttringskrav följer av ABL 7:5, men eftersom avyttringskravet inte i sig är sanktionerat på annat sätt än just genom skadeståndsbestämmelserna i ABL 15 kap. under de tre första tre åren efter förvärvet, förefaller en sådan argumentering icke övertygande trots förarbetsuttalandet. Det enda som återstår som riktmärke för en bolagsstyrelse är därför kravet på affärsmässighet.

Bestämmelserna i ABL 7 kap om publika aktiebolags överlåtelse av egna aktier innehåller bl.a. formkrav om bolagsstämmobeslut, överlåtelsemetod, överlåtelseformer, m.m. Enligt ABL 7:17, 2 st., är emellertid dessa bestämmelser icke tillämpliga vid fullgörandet av avyttringskravet enligt ABL 7:5 och 10. Med hänsyn till att i dessa fall icke stadgas krav på bolagsstämmans beslut, att således bolagsstämman vid sådan avyttring icke har exklusiv kompetens, får förutsättas, att beslut om avyttring i regel kan fattas av bolagsstyrelsen och i undantagsfall av den verkställande direktören. Avyttring kan ske genom att bolaget säljer aktierna, ger bort desamma (vilket i praktiken torde få betecknas som ett

undantagsfall), byter bort aktierna eller använder aktierna som apportegendom i samband med nyemission av aktier från ett annat bolags sida. Avyttringen skall leda till att bolaget avhänder sig äganderätten till aktierna.

Styrelsen har således en skyldighet att avyttra aktierna inom den föreskrivna tidsfristen (tre år eller sex månader). Avyttringen skall ske på affärsmässiga grunder. Ytterst sanktioneras avyttringskravet av skadeståndsbestämmelserna i ABL 15 kap. Om avyttring inte sker inom den föreskrivna tiden, har styrelsen skyldighet att förklara de ifrågavarande aktierna ogiltiga. Ogiltigförklaringen ligger således inom styrelsens kompetensområde. Vad som förutsätts är ett styrelsebeslut med angivande av antalet aktier och en specifikation av de ogiltigförklarade aktierna. Vid verkställighet av styrelsebeslutet skall aktieboken korrigeras i enlighet med ogiltighetsförklaringen. En styrelsens underlåtenhet att ogiltigförklara aktier sanktioneras ytterst med skadeståndspåföljden i ABL 15 kap. Om styrelsen avvaktar med ogiltigförklaring i syfte att finna ett lägligt tillfälle att avyttra aktierna efter utgången av den föreskrivna tidsfristen, föreligger endast en skadeståndsrisk. *Ogiltigheten följer alltså inte med automatik av tidsfristens utgång.* Avyttras aktierna efter tidsfristens utgång men före nedsättningen av aktiekapitalet, är avyttringen normalt giltig med en tillämpning av förevarande bestämmelser. Eftersom styrelsens skyldighet att avyttra och ogiltigförklara aktier sanktioneras av samma skadeståndspåföljd, förefaller det en aning märkligt att avyttringsskyldigheten, men inte skyldigheten att ogiltigförklara aktierna, förenats med en tidsfrist. I princip kan styrelsen vänta hur länge som helst med att ogiltigförklara aktierna ifråga efter tidsfristens utgång och invänta ett avyttringstillfälle på affärsmässiga grunder, med den sedvanliga risken att passiviteten kan leda till skadeståndsskyldighet. Det kan föreligga många goda affärsmässiga skäl till att avvakta med avyttringen. (En annan sak är sedan att bolagets revisorer kan finna skäl att anmärka på passiviteten i revisionsberättelsen och bolagsstämman kan ha anledning att framföra kritik mot passiviteten, vilket kan påverka frågan om ansvarsfrihet, etc.)

En särskild fråga är om styrelsen *före* tidsfristens utgång kan förklara de aktuella aktierna för ogiltiga. Styrelsen kan t.ex. ha funnit, att avsätt-

ningssvårigheterna är betydande, samtidigt som det föreligger risk för att aktiernas värde väsentligt minskar. Fråga kan också vara om att förvärvet av aktierna har inneburit ett intrång i bolagets bundna egna kapital och att styrelsen snarast möjligt vill korrigera detta missförhållande. Såsom bestämmelserna i ABL 7:5 och 10 är utformade, synes de inte förhindra en styrelsens förtida ogiltigförklaring av aktierna. Vad som stadgas är i stället, att efter tidsfristens utgång *skall* aktierna förklaras ogiltiga. Uttryckssättet synes medge att aktier *får* förklaras ogiltiga dessförinnan. En sådan ogiltigförklaring kan, såsom ovanstående exempel anvisar, men även i andra fall, vara en god försiktighetsåtgärd.

Till skillnad från ett förvärvs ogiltighet, som skall leda till en återgång av prestationerna, skall en ogiltigförklaring av aktier medföra att aktierna stryks ur aktieboken och bolagets aktiekapital nedsätts med aktiernas nominella belopp. Nedsättningsbeloppet skall föras över till reservfonden. Nedsättningen skall beslutas av bolagsstämman enligt bestämmelserna i ABL 6 kap. Av ABL 6:1 följer, att rättens tillstånd till nedsättning enligt ABL 6:6 inte behöver inhämtas. Däremot skall nedsättningsbeslutet anmälas för registrering enligt ABL 6:4.

Den stadgade ordningen öppnar en genväg till nedsättning av aktiekapitalet utan rättens medverkan: Bolagsstämman kan bemyndiga styrelsen att förvärva aktier genom ett erbjudande till aktieägarna långt utöver vad det bundna egna kapitalet och 10 %-regeln medger. Efter styrelsens förvärv av aktierna och omedelbara ogiltighetsförklaring av aktierna i anslutning härtill kan bolagsstämman besluta att nedsätta aktiekapitalet i den utsträckning som ogiltigförklaring skett. Antas t.ex. att ett marknadsnoterat bolag enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret saknar disponibla vinstmedel (fritt eget kapital), men ändå på grundval av bolagsstämmobeslut och ett bemyndigande till styrelsen beslutar att förvärva egna aktier med nominellt värde 100 kr för 200 kr, och antas dessutom att 10 %-kvoten redan vid beslutstillfället är fylld, synes följande bli resultatet: Samtliga aktier skall avyttras. I stället för att avyttra aktierna väljer styrelsen att omedelbart efter förvärvet ogiltigförklara samtliga aktier. Därefter fattar bolagsstämman beslut om att nedsätta aktiekapitalet med aktiernas nominella belopp, dvs. med 100 kr multiplicerat med antalet förvärvade och ogiltigförklarade aktier.

Under antagandet att 200 kr motsvarar marknadsvärdet för aktierna, kan förvärvet i sig icke betecknas som till någon del en värdeöverföring eller vederlagsfri prestation. Ogiltigförklaringen i sig synes emellertid innebära att bolaget avhänder sig värden, och förvärvet i kombination med en efterföljande ogiltigförklaring, om denna var åsyftad vid förvärvet, kan konstituera en olovlig utbetalning (värdeöverföring) till aktieägarna. Nedsättningsbeslutet är inte ägnat att ändra på det totala bundna kapitalet, eftersom aktiekapitalminskningen skall motsvaras av en ökning av reservfonden.

Sanktionsbestämmelserna i ABL 7 kap. innebär följaktligen inte en tillräcklig reglering av nu redovisade situation, eller liknande situationer. När det som motsvarar nedsättningsbeloppet (och mer därtill) utbetalats till aktieägarna, hur skall lagens krav på överföring av nedsättningsbeloppet till reservfonden tillgodoses? Detta överföringskrav innebär att det totala bundna egna kapitalet lämnas intakt genom en minskning av aktiekapitalet och en ökning av reservfonden. Nedsättningen blir på så sätt inte ägnad att korrigera det otillåtna förvärvet av egna aktier, som enligt exemplet negativt påverkat det bundna egna kapitalet med 200 kr per aktie. Aktieinnehavet är sedan redovisat till värdet noll kronor, och *de facto* blir innehavet också helt utan värde efter ogiltigförklaringen.

I denna belysning blir överföringskravet oförklarligt. Någon närmare kommentar till kravet finns inte i lagförarbetena. Bestämmelsen synes ha tillkommit första gången vid 1995 års ändring av ABL. Införandet ägde rum utan kommentarer. Överföringskravet torde ej heller ha varit betingat av EU:s andra bolagsdirektiv, som i art. 20, 3 p. föreskriver att lagstiftningen i en medlemsstat kan bestämma, att ogiltigförklaringen skall åtföljas av en motsvarande nedsättning av det tecknade kapitalet, och att en sådan nedsättning skall föreskrivas i den mån förvärvet av de aktier som skall förklaras ogiltiga har medfört att nettotillgångarna har kommit att understiga det belopp som anges i art. 15, 1a p., dvs. bolagets bundna egna kapital. Ursprunget till överföringskravet är därmed oklart. Överföringskravet synes fastmera motverka syftet med EU:s andra bolagsdirektiv, art. 20, 3 p.

Lagförslaget innebär ingen ändring. Visserligen skall enligt Lagförslaget 14:1 ett förvärv av egna aktier jämställas med en värdeöverföring och en vinstutdelning och på grund härav underkastas kapitalskyddsbestämmelserna i Lagförslagets 14 kap. Samtidigt föreskrivs i Lagförslaget 16:9 att aktier som förvärvats i strid med kapitalskyddsbestämmelserna i Lagförslaget 14 kap. skall avyttras inom en sexmånadersfrist, och om så inte har skett förklaras ogiltiga med nedsättning av aktiekapitalet som följd och tillhörande krav på överföring av nedsättningsbeloppet till reservfonden. I sak innebär Lagförslaget således ingen ändring, utan endast en omdisposition, av nuvarande bestämmelser.

Slutligen skall nämnas att om ett aktiebolag på grund av bestämmelserna i ABL 7:5 eller 10 är skyldigt att sätta ned aktiekapitalet till ett belopp som understiger lägsta tillåtna aktiekapital enligt ABL 1:3, kan PRV besluta om att bolaget skall gå i likvidation enligt ABL 13:10, 4 p. Beslut om likvidation skall emellertid inte meddelas, om likvidationsgrunden har upphört under ärendets handläggning hos PRV. Bolaget kan t.ex. undgå likvidation genom att föranstalta om ny- eller fondemission.

8. Hanteringen och redovisningen av egen aktie

Ett förvärv av egen aktie medför konsekvenser för hur aktien skall hanteras och redovisas, bl.a. i följande avseenden.

1. Enligt ABL 1:7 skall en aktie som innehas av aktiebolaget självt, dvs. egen aktie, eller av dess dotterföretag, inte inkluderas när det i lag eller bolagsordningen för giltigt beslut eller för utövandet av befogenhet föreskrivs samtycke av ägare till en viss andel av aktierna. Bolagets egna aktier skall inte utgöra tillgångar i bolagets hand. En egen aktie skall inte heller inräknas vid tillämpning av bestämmelser i lag eller bolagsordning som förutsätter att någon eller några innehar en viss andel av aktierna eller rösterna i bolaget.
2. I ABL 1:6, 2 st., stadgas att vid bestämmandet av antalet *röster* i ett dotterföretag enligt *koncerndefinitionen* skall inte de aktier och

andelar i dotterföretaget som innehas av företaget självt eller av dess dotterföretag beaktas. Detsamma skall gälla aktier och andelar som innehas av den som handlar i eget namn men för dotterföretagets eller dess dotterföretags räkning.

3. Vid *nyemission* av aktier skall enligt ABL 4:2a aktier som bolaget självt eller dess dotterföretag innehar *inte* ge någon *företrädesrätt* till nya aktier. Ett aktiebolag är alltså inte bara förhindrat att i samband med nyemissioner teckna egna aktier utan också förhindrat att genom försäljning eller annan åtgärd förfoga över några av de teckningsrätter som uppkommer vid nyemissionen. Däremot föreligger icke något hinder för bolaget att tilldelas nya aktier i samband med en fondemission.
4. Av ABL 9:4 följer att en aktie som innehas av bolaget självt eller av dess dotterföretag *inte* kan *företrädas vid bolagsstämman*. Betydelsen i övrigt av egna aktier vid bolagsstämman regleras delvis också av ABL 1:7 enligt ovan.
5. En aktie som innehas av bolaget självt ger *inte rätt till vinstutdelning* eller utbetalning enligt bestämmelserna i 12 kap. (se ABL 12:1, 2 st.). Ett aktiebolags innehav av egna aktier skall därför inte heller ge rätt att motta andra utbetalningar från bolaget t.ex. i samband med nedsättning av aktiekapitalet.
6. Enligt årsredovisningslagen 4:14 får bolagets egna aktier *icke upptas som tillgång* i balansräkningen. Den tidigare posten "Egna aktier" i balansräkningen har därmed utgått. Vid värdering av ett moderföretags andelar i ett dotterföretag skall andelar som dotterföretaget äger i moderföretaget inte anses ha något värde (årsredovisningslagen 4:14, 2 st.). Att bolaget innehar egna aktier bör i stället komma till uttryck i en *särskild upplysning* i förvaltningsberättelsen.
7. Ut- och inbetalningar till ett aktiebolag i samband med förvärv och överlåtelser av egna aktier skall inte föras över resultaträkningen. Vid förvärv av egna aktier skall i stället *avdrag ske direkt i eget kapital* med belopp motsvarande utgifterna för förvärvet. Vid avyttring skall det egna kapitalet ökas med nettoinkomsten av överlåtelsen. (Se årsredovisningslagen 5:14, 2 st.) I lagförarbetena (prop.

1999/2000:34 s. 103) uttalas härvid, att förvärv av egna aktier skall ske inom ramen för fritt eget kapital och inte påverka storleken av det bundna, egna kapitalet. Detta följer av EU:s andra bolagsdirektiv och ovan nämnda regler om förvärv av egna aktier och tillhörande kapitalskyddsbestämmelser. Vidare uttalas att den förändring av eget kapital som ett förvärv eller en avyttring av egna aktier ger upphov till endast bör få påverka poster som ingår i fritt eget kapital, t.ex. balanserad vinst eller förlust. Vid ett förvärv av egna aktier bör alltså enligt samma mening i lagförarbetena avdrag ske i fritt eget kapital med beloppet av utgifterna för förvärvet och vid en avyttring bör det fria egna kapitalet i stället ökas med nettoinkomsten från överlåtelsen. Detta har kommit till uttryck i årsredovisningslagen 5:14, 2 st. Frågan är emellertid vad som skall gälla om ett otillåtet förvärv av egna aktier med påföljande ogiltigförklaring av aktierna icke har utrymme i bolagets fria egna kapital. Eftersom utbetalningen ifråga inte skall föras över resultaträkningen, kan transaktionens faktiska resultat icke betecknas som en förlust. Dessutom skall enligt vad som ovan framgått en ogiltigförklaring av aktier leda till en nedsättning av aktiekapitalet och överföring av nedsättningsbeloppet till reservfonden. Bestämmelserna förefaller till viss del oförenliga.

8. Bolagets förvaltningsberättelse skall enligt årsredovisningslagen 6:1, 6–9 p. innehålla uppgifter om bl.a. antal och nominellt belopp för egna aktier som innehas av bolaget, och som har förvärvats eller överlåtits under räkenskapsåret, den andel av aktiekapitalet som innehavet, förvärvet eller överlåtelsen utgör, storleken av den ersättning som betalats eller erhållits för aktierna, samt slutligen skälen för förvärv eller överlåtelse av egna aktier som skett under räkenskapsåret.

Lagförslaget innebär inga ändringar i ovan behandlade delar.

V. Jävsregler

1. Allmänt, särskilt till frågan om jävsreglernas tvingande eller dispositiva karaktär

För styrelseledamot och den verkställande direktören finns jävsregler i ABL 8:20 och 28. Reglerna är ett uttryck för principen att bolagets ställföreträdare och ledning har en skyldighet att agera lojalt mot bolaget och ta till vara bolagets intressen. Föreligger intressekonflikter, får en styrelseledamot eller verkställande direktör inte "handlägga" frågan. Enligt jävsbestämmelserna får en styrelseledamot eller verkställande direktör inte handlägga en fråga om

> avtal mellan styrelseledamoten eller den verkställande direktören och bolaget, avtal mellan bolaget och tredje man, om styrelseledamoten eller den verkställande direktören i frågan har ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets, eller avtal mellan bolaget och en juridisk person, som styrelseledamoten eller den verkställande direktören ensam eller tillsammans med någon annan får företräda.

Styrelsesuppleanter (ABL 8:2), vice verkställande direktörer (ABL 8:24, 1 st.) och särskilda firmatecknare jämte suppleanter till sådana (ABL 8:31, 2 st.) faller också under jävsbestämmelserna. (Beträffande likvidator och dess suppleanter, se jämväl ABL 13:29). Jävet för suppleanter aktualiseras givetvis endast vid inträde i ordinaries ställe (se bl.a. Svernlöf, Aktiebolagets suppleanter s. 84 ff. och 96 ff.).

Med avtal jämställs rättegång eller annan talan. Undantag från jäv görs i ABL 8:20 och 28, 2 st. för aktiebolag som direkt eller indirekt ägs av *en* person. Vidare görs undantag från 3 p. när avtalet avser företag i samma koncern eller företagsgrupp av motsvarande slag.

Jävsbestämmelserna utökades genom 1998 års ändring (1998:760) av ABL med p. 3 ovan och undantagsreglerna. Inflytandet från EU-rätten har varit begränsat. Ett undantag är möjligen ABL 8:22, enligt vilken bestämmelse alla avtal mellan aktieägaren och bolaget med endast en aktieägare skall antecknas eller fogas till styrelsens protokoll, om inte avtalet avser löpande affärstransaktioner på sedvanliga villkor, vilket stadgande föranletts av art. 5 i det tolfte bolagsdirektivet om enmansbolag, se prop. 1993/94:196 s. 167 och SOU 1992:83 s. 161. Bestämmelsen skall emellertid mest kvalificeras som en ordningsregel och är knappast att beteckna som en jävsbestämmelse. *Lagförslaget* (se SOU 2001:1) 7:20 och 28 innehåller inga sakliga ändringar av gällande rätt.

För aktieägaren gäller enligt ABL 9:36 (jfr Lagförslaget 6:40) en i förhållande till styrelseledamot och verkställande direktör väsentligt begränsad jävsbestämmelse. En aktieägare får inte själv eller genom ombud "rösta" ifråga om

1. talan mot honom,
2. hans befrielse från skadeståndsansvar eller någon annan förpliktelse mot bolaget, eller
3. talan eller befrielse som avses i 1. och 2. som gäller någon annan, om aktieägaren i frågan har ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets.

Jävsbestämmelsen gäller såväl aktieägaren som ombud för aktieägaren. Ändringarna av bestämmelsen 1998 (1998:760) var uteslutande av redaktionell karaktär; några sakliga ändringar var således inte avsedda (se prop. 1997/98:99 s. 253).

Samtliga specifika jävsregler för styrelseledamot, verkställande direktör och aktieägare kan sägas syfta till att motverka intressekonflikter; det ifrågavarande jävet skulle kunna kvalificeras som ett slags "intressejäv". Fråga är om sådana fall där en styrelseledamot, verkstäl-

lande direktör eller aktieägare typiskt sett har kolliderande intressen att bevaka, antingen direkta, egna intressen, eller intressen hos närstående fysisk eller juridisk person, som står i konflikt med de intressen som det bolag han företräder, eller är ägare av, har. (Se dock Åhman s. 766, som till det s.k. intressejävet endast räknar det fall styrelseledamoten eller den verkställande direktören inte är part, utan enbart har ett intresse i frågan.)

För styrelseledamot som är s.k. *arbetstagarrepresentant* enligt lag (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda gäller enligt denna lag 14 § särskilda jävsbestämmelser. Arbetstagarrepresentanten får inte delta i behandlingen av frågor som rör kollektivavtal eller stridsåtgärder, eller av andra frågor där den fackliga organisationen på arbetsplatsen har ett väsentligt intresse som kan strida mot företagets. Vidare gäller om företagets verksamhet är av sådan natur eller har ett sådant ändamål som avses i 2 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, att arbetstagarrepresentanten inte heller har rätt att delta i ett beslut, som avser verksamhetens mål eller inriktning.

En rättshandling i strid med jävsbestämmelserna för styrelseledamot, verkställande direktör eller särskild firmatecknare utgör ett *befogenhetsöverskridande* enligt ABL 8:35. Rättshandlingen är ogiltig, om motparten insåg eller borde insett att befogenhetsöverskridande skett. Rättshandlingen kan emellertid trots befogenhetsöverskridandet ratihaberas av styrelsen eller i sista hand av bolagsstämman. När en aktieägare avlägger en röst i strid med jävsbestämmelsen i ABL 9:36, är rösten ogiltig; klander av ett bolagsstämmobeslut, som tagits på grundval av ogiltiga röster, kan leda till att beslutet blir ogiltigt.

I den aktiebolagsrättsliga litteraturen har stundom frågan ställts, huruvida jävsbestämmelserna är tvingande eller dispositiva (eller fakultativa, se t.ex. Johansson, Bolagsstämma s. 490, med avseende på jävsbestämmelsen för aktieägare). Johansson når efter viss utredning slutsatsen, att det är "väl motiverat att anta att lagens regler är tvingande". Slutsatsen grundas emellertid på ett resonemang om avvägningen mellan majoritets- och minoritetsintressena i ett aktiebolag och frågan, huruvida jävsgrunderna genom bestämmelser i bolagsordningen eller eljest kan utvidgas respektive inskränkas. (Härvid redovisar Johansson,

ibidem, olika uppfattningar i litteraturen, t.ex. Taxell, Aktiebolagets organisation, Åbo 1983, s. 32, som innebär att jävsbestämmelserna kan utvidgas men inte inskränkas, och å andra sidan Nial, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 4 uppl. Stockholm, 1988 s. 158, med ståndpunkten att "avvägningen" mellan majoritets- respektive minoritetsintressena är "tvingande".)

Terminologiskt brukar i allmänhet gränsen mellan tvingande och dispositiva ABL dras så, att en tvingande bestämmelse är en sådan som aktieägarna icke ens i full enighet kan med giltig verkan avvika ifrån, eftersom bestämmelsen är avsedd att primärt skydda andra än aktieägarna, härvid främst bolagsborgenärerna, men också andra tredje män, aktieinvesterare, etc. En dispositiv bestämmelse är å andra sidan en sådan som aktieägarna kan förordna avvikelser ifrån i bolagsordningen eller på annat sätt. En annan sak är sedan att majoritetskraven kan växla beroende på fråga, från enkel (eller absolut) majoritet, över kvalificerad majoritet till enhällighet, för att en avvikelse skall få giltig verkan. En avvikelse från de dispositiva, formella reglerna i ABL 9 kap. förutsätter i allmänhet enhällighet. Med en sådan terminologi förefaller det vara oegentligt att tala om en tvingande bestämmelse till aktieägarminoritetens förmån (se Johansson, *ibidem*, med hänvisning till prop. 1975:103 s. 254 f.). Med sagda terminologi skall i stället jävsreglerna betecknas som dispositiva, i den meningen att de i vart fall genom enhälliga aktieägarbeslut kan utvidgas eller inskränkas, t.ex. genom föreskrifter i bolagsordningen eller bolagsstämmoinstruktioner till styrelsen. Det förhållandet att jävsbestämmelserna icke utgör tvingande skyddsregler framgår redan härav, att de saknar betydelse i aktiebolag som ägs av en enda person. I Högsta domstolsavgörandet NJA 1981 s. 1117 fastställes detta rättsförhållande slutgiltigt. Eftersom jävsbestämmelserna syftar till att skydda bolagets, dvs. ytterst aktieägarnas, intressen, föreligger ingen intressemotsättning som kan grunda jäv, när aktiebolaget ägs och företräds av samma person. Principen kom att lagfästas år 1998 (1998:760) och därvid till och med att utvidgas till att omfatta såväl direkt som indirekt ägande (se härom prop. 1997/98:99 s. 217 f.). Grundläggande för slutsatsen, att jävsbestämmelserna icke är tillämpliga i s.k. enmansbolag, torde också vara att bestämmelserna inte kan

kvalificeras som borgenärsskyddsregler eller eljest tvingande regler, vilket förhållande också var avgörande i 1981 års dom. Detta har också varit förutsatt i den aktiebolagsrättsliga doktrinen (se t.ex. Nial, Aktiebolagsrättsliga studier s. 110 f., som i diskussionen om jävsbestämmelsernas tillämpning noga skiljer mellan borgenärsintressena och bolagets intressen).

Det får därmed anses stå klart, att jävsbestämmelserna icke kan kvalificeras som tvingande skyddsregler. Det sagda leder till att även om jävsbestämmelserna betecknas som "tvingande" minoritetsskyddsregler, aktieägarna enhälligt kan besluta om att generellt eller i ett enskilt fall utvidga eller inskränka bestämmelsernas räckvidd. En sådan avvikelse kan komma till uttryck i en bolagsordningsföreskrift, bolagsstämmoinstruktion, beslut eller på annat sätt. Generella avvikelser torde emellertid icke vara praktiskt förekommande. Även om det således är möjligt att utvidga jävsbestämmelserna till att omfatta allehanda jävsliknande situationer, får ett rättshandlande i strid med sådana utvidgande bestämmelser ses som ett sådant befogenhetsöverskridande som inte leder till ogiltighet enligt ABL 8:35, trots att motparten insåg eller bort inse befogenhetsöverskridandet (härvid bortses från rena kollusionssituationer som i undantagsfall kan föranleda en tillämpning av avtalslagen 36 §). Det är endast befogenhetsöverskridanden i strid med de lagstadgade jävsbestämmelserna, som kan leda till ogiltighet vid motpartens onda tro. Ej heller en generell inskränkning av jävsbestämmelserna t.ex. i en bolagsordningsföreskrift, förefaller vara praktisk. För det fall bolagsstämman i undantagsfall har beslutat om en sådan inskränkning, utvidgas också bolagsföreträdarnas befogenhet härmed och reduceras således området för befogenhetsöverskridanden.

Med den ovan angivna, och med all säkerhet vedertagna terminologin måste följaktligen jävsreglerna betecknas som dispositiva bestämmelser.

2. Frågor eller ärenden inom jävsområdet

2.1 Allmänt

Föremål för styrelseledamots, verkställande direktörs och särskild firmatecknares jäv är enligt ABL 8:20, 28 och 31 "fråga om avtal". Med avtal jämställs rättegång eller annan talan. Av ABL:s förarbeten och doktrinen framgår emellertid, att jävsbestämmelserna har ett vidare tillämpningsområde än vad ordalydelsen i förstone ger intryck av. Så t.ex. anses bestämmelserna även tillämpliga på *ensidiga rättshandlingar*, som har betydelse för ett avtals uppkomst, förändring eller upphörande (se prop. 1997/98:99 s. 95 och prop. 1975:103 s. 378 f.). Härmed omfattas t.ex. anbud, accept, bekräftelser på avtal, förlängning, eftergift, reklamation, uppsägning, hävning och allehanda ensidiga rättshandlingar (inkl. optioner) inom ramen för ett avtalsförhållande i vid mening. Alla sådana åtgärder med rättsverkningar som sammanhänger med tillkomsten av ett avtal, avtalsförhandlingar, omförhandling, avslutande av avtal, ett avtals tillämpning eller upphörande, eller när skyldigheten eller rättigheterna enligt ett avtal görs gällande, kan vara jävsgrundande. Till och med sådana rättsförhållanden som typiskt sett inte anses vara ömsesidiga kategoriseras som jävsgrundande, så t.ex. gåva (se prop. 1975:103 s. 379), skuldebrev, optioner, etc. Med en sådan definition av begreppet "frågor om avtal" ligger det nära till hands att utvidga tilllämpningsområdet, direkt eller analogivis, till att omfatta samtliga rättshandlingar som syftar till att grundlägga, bevara, förändra eller upphäva ett rättsförhållande inom förmögenhetsrättens område, varför också t.ex. preskriptionsavbrytande åtgärder, ävensom utfärdandet av fullmakt, torde tillhöra jävsfrågorna (se t.ex. Åhman s. 772 f.).

En "fråga om avtal" behöver emellertid inte ens ha rättsverkningar: Det synes tillfyllest att en sådan fråga har verkningar i "bevisbördehänseende", dvs. *bevisverkan*. Denna utgångspunkt har förelegat i NJA 1982 s. 1 (se s. 9 i referatet), som gällde en styrelseledamots och tillika särskild firmatecknares utfärdande av ett skuldebrev. Högsta domstolen uttalade bl.a. härvid följande: "Med hänsyn bl.a. till de verkningar i bevisbördehänseende som innehav av ett skuldebrev medför får [styrel-

seledamoten] ansetts ha handlagt fråga rörande avtal mellan bolaget och [styrelseledamotens hustru]". Vad således Högsta domstolen uttalar i domskälen ger ingen grund för att betvivla, att också sådana åtgärder som traditionellt sett icke betecknas som rättshandlingar, utgörande rättsfakta med rättsföljder, utan som uteslutande har betydelse i bevishänseende (eller bevisbördehänseende) kan kvalificeras som "fråga om avtal". Därmed innefattas olika typer at bekräftelsehandlingar, det faktiska utfärdandet av skuldebrev och liknande instrument, inklusive aktiebrev och andra finansiella instrument, ävensom annan dokumentation som kan tilläggas bevisvärde. Det saknar härvid betydelse om utfärdandet av dokumentet uteslutande har bevisverkan, eller har såväl rätts- som bevisverkan.

I ovan angivna Högsta domstolsavgörande NJA 1982 s. 1, utredde visserligen Högsta domstolen, efter att ha fastställt att även handlingar som har verkningar i bevisbördehänseende skall betecknas som "fråga om avtal", frågan huruvida det utfärdade skuldebrevet ifråga utgjorde endast en bekräftelse på ett redan ingånget avtal eller om utfärdandet manifesterade ett självständigt förpliktande (dvs. huruvida skuldebrevet uteslutande skulle ges bevisverkan eller också ha rättsverkan). Denna utredning föranleddes emellertid av att Högsta domstolen ansåg sig behöva pröva tilläggsfrågan, huruvida styrelseledamoten ifråga hade ett väsentligt intresse i saken som kunde strida mot bolagets intressen, dvs., i enlighet med tilläggsrekvisitet i ABL 8:20 p.2 (jfr ABL 28 p. 2; när jävet avser fråga om avtal mellan bolaget och tredje man, förutsätts att styrelseledamoten [den verkställande direktören eller den särskilda firmatecknaren] i fråga har ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets). Högsta domstolen fann på grund av de särskilda omständigheterna i fallet, att det var "uppenbart", att styrelseledamotens intresse av skuldebrevets utfärdande kunde strida mot bolagets intresse. Åhman (*op. cit.* s. 773 f.) förefaller såtillvida ha har feltolkat rättsfallet. Han utgår visserligen ifrån att en bekräftelsehandling står rättshandlingen så nära att jävsreglerna borde vara analogivis tillämpliga härpå, särskilt med hänsyn till den ofta starka bevisverkan, som en bekräftelse tillerkänns. I en redovisning av rättsfallet drar han emellertid något motvilligt slutsatsen, att jävsbestämmelsen ej skulle vara tillämplig på bekräf-

telsehandlingar. Slutsatsen är dock ogrundad; härvid är det för tillämpningen av jävsbestämmelserna avseende såväl styrelseledamot, verkställande direktör som särskild firmatecknare tillräckligt att hänvisa till Högsta domstolens uttalande, att utfärdandet av ett skuldebrev redan på grund av de verkningar det har i bevisbördehänseende är att beteckna som "fråga om avtal".

Till "fråga om avtal" skall också räknas *avtalsliknande konstruktioner i associationsrätten*, såsom t.ex. bildandet av en association, aktieägartillskott eller annan form av tillskott, förvärv av egna aktier, teckning i samband med nyemission av aktier eller andra bolagsrättsliga instrument, liksom fusioner. (Om styrelsens förslag till bolagsstämmobeslut om riktade emissioner. etc. se nedan.)

2.2 Styrelsearvoden och andra ersättningar

Fastställandet av *anställningsvillkor* för den verkställande direktören, innefattande även lön, pensionsförmåner, bonus och andra förmåner, tillhör styrelsens kompetensområde. För det fall den verkställande direktören samtidigt är styrelseledamot, träffas han eller hon givetvis av jäv och kan i enlighet med vad som utvecklas nedan icke i något avseende deltaga i handläggningen av sådana frågor. *Styrelseledamöternas egna arvoden* och övriga förmåner på grund av uppdrag som styrelseledamot skall emellertid beslutas av bolagsstämman. Det ligger nära till hands att antaga, att bolagsstämman, som utser och entledigar styrelseledamöter, också fastställer deras arvoden. Alternativt förekommer i praktiken att bolagsstämman fastställer ett totalbelopp att fördelas enligt styrelsens beslut. Inskränkningen av styrelsens rätt att fastställa styrelseledamöternas arvoden anses inte följa av en i ABL stipulerad kompetensfördelningsregel (se t.ex. Åhman s. 774), utan av den för styrelseledamot gällande jävsregeln i ABL 8:20, 1 p., dvs. att en styrelseledamot inte får handlägga fråga om avtal mellan styrelseledamoten och bolaget. Saken skulle också kunna uttryckas så, att styrelsen visserligen har behörigheten att fastställa varje enskild styrelseledamots arvode, men på grund av jävsregeln saknar den befogenheten härtill. Distinktionen är inte helt oväsentlig: Om fastställandet av styrelsens arvode hade

framgått av en för bolagsstämman exklusiv kompetensregel, skulle t.ex. delegation av beslutsrätt i en sådan fråga icke kunna var möjlig, (förutsatt förstås att rätt till en sådan delegation icke uttryckligen stadgats i lagen). Ett behörighetsöverskridande hade också lett till ogiltighet av nullitetskaraktär.

Om å andra sidan ursprunglig behörighet för styrelsen föreligger, men jävsreglerna inskränker befogenheten, blir rättshandlingens giltighet beroende av bl.a. god tro hos motparten (vilken torde vara sällsynt förekommande), en eventuell, efterföljande ratihabition (konkludent eller uttrycklig) av bolagsstämman, etc. Dessutom föreligger icke hinder för bolagsstämman att delegera beslutsfattandet till styrelsen, i vart fall om aktieägarna är överens härom. (Beträffande vilka krav på kvalificerad majoritet, enhällighet, etc. som skall gälla för en sådan delegation, se diskussionen ovan). En annan sak är sedan att delegation inte är lämplig och, i vart fall i marknadsnoterade bolag, inte särskilt praktisk. (Se även Johansson, Bolagsstämma s. 336 f.) För stiftelser, som saknar ägare, medlemmar, etc., är situationen av givna skäl en annan: Enligt stiftelselagen 2:15 "får" beslut om arvode fattas av styrelsen. (Se även stiftelselagen 2:22.)

En allmän omfattad ståndpunkt i den aktiebolagsrättsliga doktrinen är att jävsbestämmelserna förhindrar en styrelse från att fatta beslut om arvode till enskild ledamot, trots att denne inte deltagit i beslutet eller i handläggningen av frågan; eljest vore det möjligt för styrelsen att med ett formellt upprätthållande av jävsregeln i varje enskilt fall besluta om arvode till samtliga styrelseledamöter genom beslut till varandras förmån, (se härom t.ex. SOU 1971:15 s. 217 och Johansson s. 337 med hänvisningar till andra företrädare för den aktiebolagsrättsliga doktrinen. Se även Åhman s. 774). Området för analogitillämpning av jävsbestämmelsen vidgas därigenom till att omfatta *jävsliknande situationer* eller till de fall där det föreligger risk för att bolagets intressen inte tillvaratas i tillräcklig utsträckning. Med en sådan analogitillämpning måste emellertid ifrågasättas, om styrelsen över huvud kan fatta beslut om, eller verkställa rättshandlingar, rörande någon av styrelseledamöterna: Risken för att bolagets intressen eftersätts är i jämförelse med frågan om styrelsearvode säkerligen lika stor vid sedvanliga förvärv eller

försäljningar med styrelseledamot som motpart. Om t.ex. en styrelseledamot säljer en fastighet eller en post aktier till bolaget, eller deltar i en riktad nyemission (se nedan), men inte själv deltar i styrelsens beslut härom, finns på samma sätt som i arvodesfrågan risk för att styrelseledamöterna långsiktigt kommer att gynna varandra med liknande försäljningar samtidigt som jävsbestämmelsen i formell mening städse iakttas. Det är svårt att inse varför just *arvodesfrågan* skulle vara särbehandlad i detta avseende *vid en tillämpning av jävsbestämmelsen*. Ordalydelsen i bestämmelsen ger inget skäl härtill. Situationen vore självfallet en annan, om frågan om styrelsearvode förbehållits bolagsstämmans exklusiva kompetens; såsom konstaterats ovan har så icke skett i ABL. Utan en sådan kompetensregel får den av den aktiebolagsrättsliga doktrinen förordade analogitillämpningen av jävsbestämmelsen mycket vittgående följder. Det kan antas, att det föreligger risk för jäv vid varje tillfälle när styrelsen skall besluta om eller verkställa "fråga om avtal" mellan bolaget, å ena sidan, och en styrelseledamot, dess närstående eller närståendebolag, å den andra. (Se exempel på ett sådant resonemang hos Åhman s. 775, som utgår ifrån jävsregelns funktion av att förhindra, "att misstanke uppstår om att ovidkommande hänsyn tas när bolagsföreträdarna ingår avtal med bolaget" och beaktar de "missbruksmöjligheter som det för med sig ifall styrelsens ledamöter ges möjlighet att avtala med varandra".)

Det saknas således genuina, sakliga skäl att särskilja arvodesfrågan från andra bolagets rättshandlingar med en eller flera styrelseledamöter som motparter. Följaktligen aktualiseras också en analogitillämpning av samma snitt när t.ex. styrelsen skall fatta beslut om utbetalning av andra ersättningar än arvoden till styrelseledamöter, inte för genomförandet av styrelseuppdragen, utan för tillhandahållandet av andra tjänster, t.ex. konsultarvoden, löner m.m. Aktiebolagskommitténs uttalande (se SOU 1995:44 s. 209), att ett styrelsebeslut om ersättning till en enskild styrelseledamot för ett arbete som helt klart faller utanför styrelseuppdraget är förenligt med ABL:s "kompetensfördelningsregler", brister åtminstone i två avseenden. För det första förutsätts i uttalandet att styrelseuppdraget kan avgränsas enligt allmänna normer till att gälla ett visst arbete, så att ett annat arbete "helt klart" faller utanför styrelseupp-

draget. En sådan avgränsning är i regel mycket besvärlig, och endast i undantagsfall kan de "helt klara" fallen identifieras; det är långt ifrån givet att ett styrelseuppdrag skall begränsas till att innefatta styrelsemöten och förberedelser inför dessa. Variationer i styrelseledamöters insatser skall avspeglas i arvodesnivåerna och inte i allehanda sidoersättningar. För det andra tycks Aktiebolagskommittén vara av uppfattningen, att principen om att styrelsen inte skall fastställa sina egna arvoden är en kompetensfördelningsnorm. Så är emellertid inte fallet, utan principen om att bolagsstämman skall besluta om arvodena kan härledas ur jävsbestämmelsen. Jävsbestämmelsen är självfallet tillämplig såtillvida, att den styrelseledamot som skall erhålla sidoersättningar för utfört arbete eller sådant som kan anses ligga utanför styrelseuppdraget är förhindrad att deltaga i styrelsens handläggning eller beslut i frågan. Den i den aktiebolagsrättsliga doktrinen förordade analogitillämpningen av jävsbestämmelsen på styrelsens fastställande av varandras arvoden förefaller emellertid leda till att konsultarvoden och andra sidoersättningar skall behandlas på samma sätt, med följden, att styrelsen icke kan handlägga frågor om vare sig arvode, eller andra sidoersättningar. Med ett sådant omfattande styrelsejäv måste *samtliga* här aktualiserade frågor behandlas av bolagsstämman.

Denna, extensiva tolkning och tillämpning av jävsbestämmelsen för emellertid med sig stora krav på återhållsamhet och försiktighet så snart en styrelseledamot (eller verkställande direktör) har intressen i "fråga om avtal" med bolaget. Risken för ett befogenhetsöverskridande och avtals ogiltighet är påfallande. En kvalificering av arvodesfrågan som tillhörande bolagsstämmans exklusiva kompetens förenklar emellertid inte problematiken: Svårigheten att avgränsa styrelsearvodet från andra ersättningar skulle kvarstå. En extensiv tillämpning i enlighet med det sagda leder emellertid ytterst till att samtliga frågor om avtal med styrelseledamot, närstående och närståendeföretag i praktiken förflyttas från styrelsens kompetensområde till bolagsstämmans. Situationen är strängt taget densamma när styrelsen skall fatta beslut om nyemission på grund av bolagsstämmans bemyndigande enligt ABL 4:15 eller under förutsättning av bolagsstämmans godkännande enligt ABL 4:14.

2.3 Riktade nyemissioner

Med samma analogitillämpning av jävsbestämmelsen som ovan beträffande styrelsearvoden och möjligen också andra avtal med styrelseledamot om ersättningar och annat föreligger jäv, om styrelsen fattar beslut om att en nyemission skall riktas till förmån för en eller flera styrelseledamöter. I egenskap av aktieägare hindras dock inte en styrelseledamot som föreslås delta i en riktad emission från att rösta härför på bolagsstämman. Bolagsstämman kan emellertid bemyndiga styrelsen att fatta ett sådant beslut om riktad nyemission, eller i efterhand godkänna ett sådant beslut. (Se om dessa frågor bl.a. Johansson och Pehrson, Styrelsejäv, JT 1992/93 s. 417, 424 f.) Enligt ett uttalande av Aktiebolagskommittén (SOU 1995:44 s. 207) kan en styrelseledamot i egenskap av adressat inte delta i ett styrelsebeslut om en riktad nyemission. Detsamma gäller enligt kommittén ledamotens deltagande i beslut av styrelsen att föreslå bolagsstämman en sådan emission, oaktat att styrelsebeslutet inte är bindande för bolagsstämman, med hänsyn till att jävsbestämmelsen är avsedd att vara tillämplig också på överläggningar som föregår ett beslut. I den proposition som kommitténs betänkande så småningom utmynnade i (1997/98:99) upptas denna fråga inte specifikt; kommitténs lagtolkning förefaller emellertid vara grundad på gällande rätt och skulle sålunda inte förutsätta en lagändring. Kommitténs uttalande träffar med all säkerhet inte endast avvikelse från företrädesrätt stadgad i ABL utan också sådan företrädesrätt som är föreskriven i bolagsordningen. Härvid aktualiseras återigen frågan, huruvida det är tillfyllest att iaktta bestämmelserna om kvalificerad majoritet i ABL 4:14, 2 st., och 4:15, 1 st. (2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädda aktierna), eller om fråga är om aktiemarknadsbolag enligt lag [1987:464] om vissa riktade emissioner i aktiemarknadsbolag, m.m. 3 § (minst 9/10 av såväl de avgivna rösterna som de vid stämma företrädda aktierna), eller om det vid förekomsten av en jävssituation är förutsatt, att samtliga aktieägare skall godkänna en avvikelse från jävsreglerna genom bemyndigandet eller det i efterhand avgivna godkännandet. (Bemyndigande kan dock inte lämnas vid riktade emissioner av aktiemarknadsbolag.) I enlighet med vad som ovan anförts, får

det antas, att en avvikelse från jävsbestämmelsen förutsätter samtliga aktieägares godkännande. Ogiltighetspåföljden kvarstår följaktligen och kan göras gällande av en aktieägarminoritet även i de fall förutsättningar för kvalificerad majoritet uppfyllts i nyssnämnda bestämmelser: Ett godkännande i efterhand av ett styrelsebeslut om riktad nyemission till en eller flera styrelseledamöter skall uteslutande avse frågan om nyemission och icke eventuellt förekommande jäv; jävet får sägas ratihaberas enligt den grundläggande regeln för minoritetsskyddsbestämmelsen, nämligen genom att samtliga aktieägare godtagit jävet. Ett arrangemang av sistnämnt slag är med all säkerhet ogörligt i aktiebolag med spritt ägande, varför styrelsen inte bör befatta sig med beslut härom, utan endast verkställandet av bolagsstämmobeslut. När bolagsstämman självständigt (dvs. utan förhandsbeslut av styrelsen eller bemyndigande) beslutar om en riktad nyemission till förmån för en eller flera styrelseledamöter, föreligger inte styrelsejäv (och ej heller aktieägarjäv enligt ABL 9:36), varför besluten med giltig verkan kan fattas med angivna pluralitetskrav.

Godtas den nu redovisade tolkningen av jävsbestämmelsen, är styrelsen i enlighet med den ovan berörda analogitillämpningen över huvud förhindrad att befatta sig med riktade emissioner, i vilka styrelseledamot (en eller flera) deltar. Det är härvid likgiltigt om fråga är om förberedelse inför beslut, själva styrelsebeslutet eller förslag till bolagsstämman om ett beslut av aktuellt slag. Slutsatsen ändras inte av det förhållandet att en styrelseledamot samtidigt är aktieägare: Det är i egenskap av styrelseledamot och en del av styrelsen som personen ifråga förbereder styrelsebeslut, deltar i beslutet eller framlägger ett beslutsförslag för bolagsstämman. Konsekvensen av en sådan analogitillämpning av jävsbestämmelsen är att styrelsen blir mer eller mindre handlingsförlamad i frågor om riktade nyemissioner så snart någon ledamot skall delta i emissionen. Grundprincipen enligt den i doktrinen förordade analogitillämpningen är, att så snart en ledamot är jävig, kan jävet utsträckas till att omfatta samtliga ledamöter. Doktrinuttalandet (se ovan avsnitt 2.2) hänför sig visserligen till beslut om styrelsearvoden, men som ovan har konstaterats, saknas principiella skäl att skilja mellan arvodesbeslut och

andra styrelsebeslut om förmåner eller ersättningar, etc. till styrelseledamöter.

En förmedlande ståndpunkt är att styrelsen inte anfäktas av jäv i sådana situationer där styrelsen uteslutande framlägger ett beslutsförslag till bolagsstämman utan att själv ta ställning i beslutfrågan. I ett sådant fall skulle de sedvanliga bestämmelserna om kvalificerad majoritet vid avvikelse från företrädesrätten bli tillämpliga. Härigenom förhindras också den handlingsförlamning som en analogitillämpning av den typ som avser styrelsearvoden ger upphov till. Enligt ett uttalande av Aktiemarknadsnämnden, AMN 2002:1 föreligger oklarhet om såväl styrelseledamots som styrelsens jäv vid handläggning och beslut om riktade nyemissioner. I ett tidigare beslut (1989:1) var styrelseledamöter med hänvisning till god sed på aktiemarknaden förhindrade att delta i incitamentsprogram, om de samtidigt ej var anställda i emittentbolaget. Särskilda skäl kunde emellertid föranleda annat. I uttalandet 2002:1 ändrade AMN sin inställning såtillvida, att det är förenligt med god sed att delta i särskilda incitamentsprogram oavsett anställning. Enskilda, deltagande styrelseledamöter får emellertid inte vara engagerade i beredningen av programmet och inte heller i framläggandet av förslaget till bolagsstämman. Om jäv för hela styrelsen i linje med ovan redovisad analogitillämpning uttalar sig AMN icke.

2.4 Interna bolagsfrågor

Utanför området för jäv för styrelseledamöter (verkställande direktör och särskilda firmatecknare) ligger interna bolagsrättsliga frågor. Härmed avses enligt förarbetena (prop. 1975:103 s. 379) sådana ärenden som faller inom ramen för bolagsstämmans exklusiva kompetensområde, t.ex. beslut om utdelning, ändring av bolagsordning, nyemission (som ej är riktad), nedsättning av aktiekapital, likvidation, etc. Såsom en sådan intern bolagsrättslig fråga torde också betecknas val av styrelseordförande vid styrelsemöte. När således styrelsen skall besluta om att lägga fram förslag i olika frågor till bolagsstämman, kan jäv inte sägas föreligga för en styrelseledamot som samtidigt är aktieägare. Saken förehåller sig emellertid annorlunda i det fall bolagsstämmobeslutet kan

komma att beröra tredje mans intressen, t.ex. vid fusion, riktad nyemission, förvärv av egna aktier, etc. Eftersom sådana beslut grundas på avtalsliknande förhållanden, får jävsbestämmelsen anses bli tillämplig (jfr Åhman s. 777).

3. "Handläggning" av frågan

Såsom angivits ovan, skall med "fråga om avtal" jämställas rättegång eller annan talan. Jävet omfattar därigenom varje form av process i allmän domstol eller förvaltningsdomstol, eller i ett skiljeförfarande. När fråga inte är om tvist utan rena ansökningar eller andra myndighetskontakter, föreligger däremot i allmänhet inte jäv.

När jäv föreligger, utesluts inte endast rätten för styrelseledamoten ifråga (den verkställande direktören eller den särskilda firmatecknaren) att deltaga i beslut i den fråga som framkallat jävet. Det föreligger hinder att deltaga i handläggningen av frågan, innefattande beredningen härav, styrelsens diskussion eller överläggning i övrigt, verkställighet av beslut, eller i vad som kan betecknas som att "företräda" bolaget i frågan. Innebörden härav är att bolagsfunktionären ifråga inte ens kan närvara vid styrelsemötet när den jävsframkallande frågan diskuteras. Av mötesprotokollet bör därför framgå, att frågan övervägts och beslutats i funktionärens frånvaro på grund av jäv, eventuellt med angivande av de jävsframkallande sakomständigheterna. Funktionären kan varken ensam eller kollegialt befatta sig med frågan. En helt annan sak är givetvis, att den jävige personen kan vara i kontakt med styrelsen för förhandlingar eller för lämnandet av uppgifter som kan vara av betydelse för behandlingen av frågan. Han skall också kunna representera motpartsintresset. (Beträffande konsekvensen av att en jävig styrelseledamot är närvarande under styrelsemötet vid behandlingen av den jävsframkallande frågan, se bl.a. Johansson & Pehrson, Styrelsejäv, JT 1992/93 s. 423; själva risken för att den närvarande, jävige styrelseledamoten genom sin närvaro kan påverka utgången av styrelsens överväganden är tillräcklig för att göra bedömningen, att jävet inte tillåter sådan närvaro.)

Jävsbestämmelserna får tolkas på så sätt, att en jävig bolagsfunktionär ej får deltaga i behandlingen av frågan och således ej ens närvara vid handläggningen av densamma. Motsatsvis framgår det sagda av förarbetena till 1944 års lag (se SOU 1941:9 s. 333): Närvaro vid styrelsesammanträde kan vara påkallad endast vid t.ex. förhandling med styrelseledamoten i den avtalsfråga som är för handen, eljest icke. Hänvisning kan härvid också ske till SOU 1995:44 s. 206 f., där Aktiebolagskommittén uttalar, att det är naturligt att en jävig ledamot lämnar sammanträdeslokalen under överläggning och beslut i det jävsmittade ärendet. Se också SOU 1941:9 s. 493, beträffande tidigare gällande bestämmelser om aktieägarjäv, att den jävige aktieägaren har att lämna sammanträdeslokalen vid behandlingen av den jävsframkallande frågan. Uppmärksammas bör också prop. 1997/98:99 s. 95, där det uttalas, att en jävig styrelseledamot inte får delta vare sig i styrelsens överläggning eller i dess beslut. För det fall en styrelseledamot skall "handlägga" en fråga enligt ovan trots förekomsten av jäv, förutsätts ett särskilt bemyndigande inför vilket jävet behandlats (se nedan 4).

4. Partsförhållandet och jävssituationerna

Vad sedan gäller de i ABL 8:20, 28 och 31, 2 st., föreskrivna jävssituationerna föreligger jäv i första hand när fråga är om "avtal mellan styrelseledamoten [den verkställande direktören, särskilda firmatecknaren] och bolaget". Det förutsätts att ställföreträdaren personligen är part i avtalet med bolaget. (Huruvida avtalet har två eller flera parter saknar betydelse.) Ställföreträdaren skall således handla i eget namn och för egen räkning. Bestämmelsen är direkt eller analogivis tillämplig på det förhållandet där ställföreträdaren handlar i eget namn men för annans räkning t.ex. i egenskapen av kommissionär. För det fall emellertid ställföreträdaren handlar i annans namn och för annans räkning, är inte den första punkten i jävsbestämmelsen tillämplig, utan fråga är i stället om ställföreträdarjäv enligt den tredje punkten. Det sagda gäller, *mutatis mutandis*, i fall av ensidiga rättshandlingar.

Vid handläggningen av en fråga om avtal mellan bolaget och tredje man föreligger enligt den andra punkten i jävsbestämmelserna jäv endast om ställföreträdaren i frågan har "ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets" (s.k. intressejäv). Denna jävsbestämmelse tar främst sikte på fråga om avtal med närstående fysiska eller juridiska personer till ställföreträdaren. Det förutsätts emellertid att fråga är om ett "väsentligt" intresse. Det förefaller också vara naturligt att intresset skall vara av ekonomisk karaktär. Ett klassiskt exempel på detta är NJA 1982 s. 1, där ett befogenhetsöverskridande befanns vara för handen när en styrelseledamot (tillika särskild firmatecknare) utfärdade ett skuldebrev till förmån för sin hustru (som befanns vara i ond tro om befogenhetsöverskridandet och jävet). Varken lagen eller dess förarbeten lämnar emellertid besked om vad som skall avses med "väsentligt" intresse, men det får antas att endast sådant som är av obetydligt intresse faller utanför jävsbestämmelsen. Ledstjärnan bör städse vara kravet för en ställföreträdare att undvika intressekonflikter och att verka lojalt för bolaget. Såsom avgörande får också betecknas ställföreträdarens subjektiva intresse i en fråga, som i och för sig skall vara av någon ekonomisk betydelse.

Det kan föreställas, att många fall av tvivel kan uppkomma i jävsliknande förhållanden om nu aktuell jävsbestämmelses tillämpningsområde, vari olika variabler gör sig gällande, häribland närståendeförhållandet mellan ställföreträdaren och den tredje mannen, huruvida det föreligger ett väsentligt intresse, konflikten med bolagets intressen, etc. Det är naturligtvis att rekommendera, att redan vid misstanke om intressejäv en ställföreträdare avstår från att handlägga den eventuellt jävsgrundande frågan, men vad som sedan slutgiltigt skall gälla vid en prövning i domstol om jävsbestämmelsens tillämplighet kan inte på grund av dessa variabler med lätthet förutses. Skall t.ex. tredje mans innehav av en icke obetydlig minoritetspost i ett bolag vara tillfyllest för att konstituera ett väsentligt intresse? Vad skall gälla om tredje mans intresse i ett bolag, vari ställföreträdarens nära släkting har en anställning som t.ex. verkställande direktör eller mellanchef, och den lön sagda position betingar är delvis provisionsbaserad och på grund av ett avtal kan förväntas öka väsentligt? När "kan" ett intresse komma i konflikt med

bolagets intressen? Ordvalet synes ge vid handen, att det är tillräckligt att intresset typiskt sett är av en sådan karaktär att det är ägnat att komma i konflikt med bolagets intressen, men även här föreligger betydande avgränsningssvårigheter. Det är t.ex. inte alls uteslutet, att ett avtal mellan bolaget och tredje man är av så stor vikt för bolaget, eller av sådan samarbetskaraktär, att någon egentlig intressekonflikt inte är för handen, trots att bolagets motpart ägs av en ställföreträdare eller av närstående till denne. I många fall kan ställföreträdarens intresse av naturliga skäl, eller till och med nödvändighet, sammanfalla med bolagets, t.ex. när ställföreträdaren äger aktier i, eller har en fordran hos, bolaget självt (se om just detta exempel Skarstedt, Allmänna aktiebolagslagen, Stockholm 1972 s. 211 f. med hänvisning till förarbetena till 1910 års aktiebolagslag). Den ifrågavarande intressejävsbestämmelsen lämnar emellertid ett stort utrymme för svåra bedömningsfrågor: Hur många aktier, eller hur stor andel av dessa i det bolag som utgör en blivande motpart i avtalsförhållandet skall en ställföreträdare äga för att intresset skall vara väsentligt? Hur stor skall en fordran vara hos motparten? Vad skall gälla när aktier, fordran, etc. innehas av närstående fysiska eller juridiska personer?

Med så påtagliga bedömningssvårigheter förefaller ställföreträdarens lojalitets- och vårdnadsplikt erfordra, att i varje fall av tvivel ställföreträdaren avstår från att deltaga i handläggningen av frågan. Ett ytterligare exempel av svårbedömd karaktär nämns av Åhman (s. 781), gällande avtal som ingås av t.ex. verkställande direktör med andra ställföreträdare, företrädesvis styrelseledamöter om olika förmåner. Det får härvid förutsättas, att det är fråga om andra förmåner än sådana som sammanhänger med styrelsearvode eller vad som i övrigt följer av styrelseuppdraget (jfr diskussionen ovan om gränsdragningen mellan styrelsearvode och ersättning för konsulttjänster.) Med bortseende ifrån svårigheterna att utan vidare urskilja sådana "förmåner" som icke är uppdragsrelaterade, kan ifrågasättas om den verkställande direktörens "beroendeförhållande" till "överordnade" bolagsfunktionärer konstituerar ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets. Visserligen kan en enskild styrelseledamot påverka den verkställande direktörens anställningsförhållanden och främst ekonomiska villkor, men beslut

härom tas i allmänhet av styrelsen som kollektiv och mera sällan av enskilda ledamöter på grundval av styrelsens delegation. Det är emellertid inte uteslutet att t.ex. i det fall där en styrelseledamot, som har styrelsens uppdrag att förhandla fram de ekonomiska villkoren för den verkställande direktören, instruerar denna att i stället för styrelseledamoten träffa avtal i bolagets namn och för bolagets räkning med ett av styrelseledamoten delägt bolag, den verkställande direktören beroendeförhållande i vad avser anställningsvillkoren kan grundlägga en jävssituation. Vid prövningen av frågan, huruvida väsentlighetsrekvisitet är uppfyllt eller icke, får hänsyn säkerligen tas till inte endast mera objektiva bedömningsgrunder, utan också subjektivt präglade förhållanden. Innebörden härav är att vid prövningen skall beaktas inte bara vad som typiskt sett är av väsentligt intresse, utan också vad som är av sådant intresse på grund av omständigheterna i det enskilda fallet. Att sedan ogiltighetspåföljden inte alltid kan göras gällande med hänvisning till sistnämnda omständigheter, hindrar inte att ställföreträdaren i fråga kan göras ansvarig för en bolagets skada på grund av befogenhetsöverskridandet. (Jfr Åhman s. 782, som talar om ett hänsynstagande till "speciella preferenser".) Däremot skall en objektiv tolkning ske när det skall fastställas, huruvida ett visst intresse kan strida mot bolagets intressen. Avgörande härvid är inte om en sådan intressekonflikt faktiskt föreligger, utan om konflikten objektivt eller typiskt sett kan föreligga, dvs. om en ställföreträdares väsentliga intresse är ägnat att stå i strid med bolagets intressen.

En tredje jävssituation regleras i ABL 8:20, 3 p. och avser avtal mellan bolaget och en juridisk person, som styrelseledamoten (den verkställande direktören eller den särskilda firmatecknaren) ensam eller tillsammans med någon annan får företräda. Den jävsregeln infördes den 1 januari 1998 i samband med ändringarna av ABL 8 och 9 kap. I förarbetena (prop. 1997/98:99 s. 95 f. och 217 f.) nämns följande exempel: En styrelseledamot i ett kreditföretag, som också är styrelseledamot i ett industriföretag, kan icke delta i handläggningen av frågan om lån av kreditföretaget, när denna fråga skall tas upp i industriföretagets styrelse. En person som är styrelseledamot i ett bolag och samtidigt i ett annat, som är underleverantör till det förstnämnda bolaget, kan inte

handlägga fråga om avtal mellan dessa bolag. I de båda exemplen är styrelseledamoten förhindrad att delta i handläggningen av frågorna helt oavsett om han i det andra bolaget har befattat sig med samma fråga. Avgörande är att det typiskt sett finns risk för att ställföreträdaren inte i tillräcklig utsträckning tillvaratar bolagets intressen när en sådan intressekonflikt föreligger.

Lagtexten lämnar emellertid utrymme för oklarhet på åtminstone en punkt. Av förarbetena till bestämmelsen (prop. 1997/98:99 s. 217) får man intrycket, att styrelseledamot alltid är jävig i fall såsom i exemplen ovan. Lagtexten förefaller emellertid ge ett annat besked. Finns således bara en eller två styrelseledamöter i bolaget, är bestämmelsen tillämplig i denna del. Vad som skall gälla om styrelsen har tre eller flera ledamöter, där tre eller flera i förening tecknar bolagets firma, är ej direkt reglerat i bestämmelsen. Den ordalydelse som begagnats i lagtexten, dvs. "någon annan" i singularis, leder till slutsatsen, att om styrelseledamoten endast tillsammans med andra *ledamöter* får företräda bolaget, kan ej jäv uppkomma. Ett sådant resultat är svårt att motivera och kan ej heller vara avsett. *Lagförslaget* innebär ingen ändring av ordalydelsen i här diskuterad del. Ändamålsskäl talar för att jäv föreligger vid varje tillfälle, där styrelseledamot i ett bolag också är ställföreträdare i ett annat, oavsett om styrelseledamoten tillsammans med annan eller andra äger företräda bolaget, allt givetvis förutsatt att den fråga som skall handläggas är att kvalificera som en jävsfråga (dvs. handläggning av fråga om avtal, se ovan). Det bör också uppmärksammas, att begreppet "avtal" skall här ges den vida innebörd som omtalats ovan, dvs. innefattande även ensidiga rättshandlingar.

Bestämmelsen om företrädarjäv för befattningshavare i "juridiska personer" omfattar också utländska företag, allt förutsatt att jävet görs gällande mot någon i ett svenskt aktiebolag. Utgångspunkten härvid är den svenska definitionen av begreppet "juridisk person". För det fall således en styrelse i ett svenskt aktiebolag skall besluta eller eljest handlägga en fråga om avtal eller avtalsliknade rättshandling med ett företag i USA, skall de befattningshavare i det svenska aktiebolaget som också företräder det amerikanska bolaget, såsom styrelseledamöter, verkställande direktör eller särskild firmatecknare, anses jäviga att delta i hand-

läggning av frågan, om det amerikanska företaget är att beteckna som en juridisk person enligt svenska principer härom. En ytterligare förutsättning är att befattningshavaren i frågan äger företräda det andra, dvs. i förevarande exempel det utländska företaget, "ensam eller tillsammans med någon annan". Återigen skall de svenska principerna om företrädarskap och fullmaktsförhållanden vara grundläggande.

En viss oklarhet föreligger emellertid om innebörden av begreppet "företräda". Frågan kan ställas, huruvida samtliga befattningshavare som i ett eller annat avseende äger företräda en juridisk person skall omfattas, inklusive sådana personer som har ställningsfullmakt på grund av avtalsrättsliga (och ej endast aktiebolagsrättsliga) principer härom. Eftersom bestämmelsen inte endast tar sikte på aktiebolag utan alla former av juridiska personer, ävensom handelsbolag och dess motsvarigheter i andra rättssystem, kan kategorin av befattningshavare inte anses vara begränsad till styrelseledamöter, särskilda firmatecknare och verkställande direktörer, utan får också anses omfatta bolagsmän, fullmaktshavare, men även andra som eljest på grund av fullmakt eller sin ställning äger företräda den juridiska personen. I själva bestämmelsen kvalificeras inte begreppet "företräda", varför varje form av fullmakt som ger en person rätt att företräda den juridiska personen ensam eller tillsammans med annan är tillräcklig. Bestämmelsen om företrädarjäv kan således bli tillämplig om ställföreträdaren i det svenska aktiebolaget är mellanchef eller chef på lägre nivå, eller eljest äger företräda den "konkurrerande" juridiska personen i begränsad utsträckning. Exemplifieringen i förarbetena (prop. 1997/98:99 s. 217) kan knappast verka styrande såsom tolkningsdatum; den tar sikte på företrädare för juridiska personer i egenskap av styrelseledamot, verkställande direktör eller särskild firmatecknare. Den här gjorda tolkningen ger till resultat en *vid* tillämpning av jävsbestämmelsen ifråga; en sådan tillämpning förefaller emellertid vara ändamålsenlig. Samtidigt får antas, att företrädarkretsen inte kan utsträckas till att omfatta varje person med ställningsfullmakt oavsett ställning i den juridiska personen. En rimlig utgångspunkt är nämligen, att en sådan person typiskt sett har någon möjlighet att åtminstone påverka den fråga som är föremål för handläggning och att en sådan fråga ligger inom ramen för befattningshava-

rens kompetens att företräda den juridiska personen. Som ovan påtalats, saknar det emellertid betydelse att befattningshavaren ifråga inte *faktiskt* sett befattar sig med frågan.

I jävsbestämmelsernas andra stycke stadgas *undantag* dels för sådana aktiebolag som ägs direkt eller indirekt av en enda person, dels, beträffande bestämmelsen om företrädarjäv, för företag i samma koncern eller i en företagsgrupp av motsvarande slag. Det första undantaget har behandlats ovan. Det andra undantaget gäller uteslutande bestämmelsen om företrädarjäv. I första hand undantas den situationen där den andra juridiska personen är ett företag inom en och samma koncern. (Beträffande koncerndefinitionen se avsnitt II ovan). Såsom har framgått av den ovan givna analysen av koncerndefinitionen, förutsätter denna att moderbolaget är ett svenskt aktiebolag. Om så är fallet, kan företrädarjäv icke föreligga beträffande samtliga i koncernen ingående juridiska personerna, oavsett associationsform och säte (i Sverige eller utlandet). Härutöver undantas emellertid företrädare för juridiska personer i koncernliknande konstellationer, dvs. utan att moderbolaget är ett svenskt aktiebolag. Om "koncernen" i denna vida mening sammanlänkas av en ekonomisk förening, stiftelse, handelsbolag eller annan juridisk person i Sverige eller i utlandet, eller till och med om "koncernen" sammanbinds av en fysisk person i en s.k. oäkta koncern, oavsett var denna person har sitt hemvist och oavsett medborgarskap, är bestämmelsen om företrädarjäv inte tillämplig på befattningshavare som äger företräda två eller flera företag inom "koncernen" eller företagsgruppen i samma fråga om avtal. *Ratio legis* för denna undantagsbestämmelse är självfallet, att mellan företag i samma koncern eller koncernliknande företagsgrupp i allmänhet saknas skäl att antaga, att det föreligger en intressekonflikt. Därmed kan emellertid inte helt uteslutas att sådana konflikter kan uppkomma. I fall av ett extralegalt jäv av aktuellt slag förefaller det emellertid verklighetsfrämmande med ogiltighets- eller skadeståndspåföljder på grund av befogenhetsöverskridande.

5. Särskilt bemyndigande

Jävsbestämmelserna hindrar i och för sig inte att en jävig person av styrelsen ges i uppdrag – genom s.k. särskilt bemyndigande – att företräda bolaget i en jävsgrundande fråga (se 1944 års ABL 92 §, 2 st., SOU 1941:9 s. 348 f.). En annan sak är sedan att ett sådant förordnande inte alltid är lämpligt. Om således en jävig styrelseledamot av styrelsen utses att företräda bolaget vid verkställighet av styrelsebeslut i en för ledamöter jävsgrundande avtalsfråga, kan det stundom ställa sig svårt att göra gällande ogiltighet på grund av ett befogenhetsöverskridande; risken för ett sådant får dock anses öka med jävet. Detsamma gäller jäviga verkställande direktörer eller särskilda firmatecknare. För den förstnämnda kategorin av befattningshavare ökar svårigheterna på grund av att en verkställande direktörs behörighet och befogenhet följer av ställningen. För undvikandet av risken att bolaget skadas, bör verkställigheten överlåtas åt annan än en jävig person.

6. Sanktioner

Följden av att en jävig styrelseledamot deltar i handläggningen av en fråga om avtal är, om handläggningen leder till ett styrelsebeslut, att detta är ogiltigt. Styrelsebeslutet är ogiltigt oavsett att den jävige styrelseledamoten endast varit i minoritet eller kanske bara en av många ledamöter; det är således tillräckligt att en jävig ledamot deltagit för att beslutet skall vara ogiltigt, trots att ledamoten inte haft någon faktisk möjlighet att genom sin röst vid omröstningen ändra på beslutets innehåll. Enligt huvudregeln i ABL 8:35, 2 st., innebär ett verkställande av ett sådant beslut i form av en rättshandling – oavsett om verkställigheten fullgörs av en jävig eller ojävig person – att rätthandlingen är ogiltig om motparten insåg eller bort inse befogenhetsöverskridandet. Bevisbördan för ond tro åvilar den som påstår förekomsten härav. Vidtar en verkställande direktör eller särskild firmatecknare en rättshandling trots föreliggande jäv, är rättshandlingen ogiltig vid ond tro hos motparten. Uppkommer skada, kan skadeståndsskyldighet utlösas enligt ABL 15:1 för

de jäviga befattningshavarna eller den som med oaktsamhet verkställer ett styrelsebeslut som är ogiltigt på grund av jäv. Talerätten tillkommer i första hand bolaget (ABL 15:9), men numera (se NJA 2002 s. 446) kan även en minioritet av aktieägare vara legitimerad. (För frågan om tillämpning av ondtrosrekvisitet vid förekomsten av jäv, se främst Åhman s. 875 ff.) Av annan mening är Rodhe (s. 222): Den omständigheten att en jävig styrelseledamot tilllåtits deltaga i överläggning och beslut medför enligt Rodhe knappast att beslutet blir ogiltigt, förutsatt att de ojäviga styrelseledamöterna bildar en beslutsför styrelse. Slutsatsen kan förefalla pragmatisk, men beaktar inte den omständigheten att den jävige ledamoten genom sin närvaro i överläggning och beslut typiskt sett kan påverka övriga ledamöter i en viss beslutsriktning. Det är eljest svårt att se dels varför en styrelseledamot skulle vara förhindrad att på grund av jäv delta i handläggningen eller beslutet, dels vilka sanktioner som skulle upprätthålla en sådan norm.

7. Aktieägarjäv

I ABL 9:36 upptas bestämmelser om aktieägarjäv. Jävsbestämmelserna är sakligt sett oförändrade sedan tillkomsten av 1975 års aktiebolagslag, och föreslås så vara även i Lagförslaget (jfr 6.40). Det grundas på Aktiebolagsutredningens betänkande SOU 1971:15 (s. 228). Nyheten i gällande ABL i jämförelse med 1944 års lag är att det inte föreligger jäv när aktieägare röstar i fråga om avtal mellan aktieägaren och bolaget. Utmönstringen av avtalsjävet har t.ex. också medfört, att aktieägare kan delta i behandlingen av fråga om arvode åt honom själv eller i egenskap av styrelseledamot eller revisor, eller om lön i egenskap av verkställande direktör. Styrelseledamot och verkställande direktör som är aktieägare får också delta i val av revisor. De tidigare begränsningarna i 1944 års lag (117 §) i dessa hänseenden befanns onödigtvis hindra aktieägare från att lojalt bevaka sina intressen i bolaget. I praktiken skulle jävet ifråga om avtal och val av revisor medföra att en minoritet av aktieägare gavs beslutanderätt på majoritetens bekostnad, vilket heller inte alltid var lämpligt eller önskvärt. Minoritetens skydd mot majoritetsmissbruk

fick i stället anses tillvaratas genom generalklausulen (se nedan) och andra bestämmelser om minoritetsrevisor, särskild granskningsman, etc.

Aktieägarjävet i ABL (liksom i Lagförslaget) begränsas sålunda till röstandet på bolagsstämma – själv eller genom ombud – ifråga om 1) talan mot aktieägaren, 2) aktieägarens befrielse från skadeståndsansvar eller någon annan förpliktelse mot bolaget, och 3) talan eller befrielse som avses i 1) och 2) som gäller någon annan, om aktieägaren i frågan har ett väsentligt intresse som kan strida mot bolagets. En aktieägare som samtidigt är styrelseledamot får på grund härav ej rösta i fråga om att bevilja de enskilda styrelseledamöterna ansvarsfrihet eller väcka skadeståndstalan enligt ABL 15 kap. Det stadgade jävet omfattar emellertid även andra frågor rörande talan mot aktieägaren, t.ex. befrielse från andra förpliktelser mot bolaget enligt köpeavtal eller skadegörande handling, etc. (se prop. 1975:103 s. 392). I förarbetena (*op. cit.*) har tilllagts, att det av grunderna för jävsbestämmelsen följer, att aktieägaren också är förhindrad att deltaga i röstning rörande beslut som avser att tillförsäkra aktieägaren förmåner avsedda att kompensera honom för ålagda förpliktelser. Uttalandet antyder att jävsbestämmelsen såvitt gäller talan mot aktieägaren, befrielse från skadeståndsansvar eller annan förpliktelse, etc. kan ges en vid analogitillämpning. En given utgångspunkt är, att jävsbestämmelsen inte inskränker sig till en sådan talan som avses i ABL 15:3 och som förutsätter uppsåt eller grov oaktsamhet.

Jävsbestämmelsen träffar endast omröstningen på bolagsstämman. Det medför inget hinder för en i och för sig jävig person att *delta i behandlingen* av ett ärende berört av jäv (jfr ABL 9:20 och 28, vars tillämpning torde leda till ett motsatt resultat, se ovan avsnitt 3; i vad avser ABL 9:36, 1 st., p. 3 och begreppet "väsentligt intresse" hänvisas till 4 ovan).

Vad slutligen gäller ABL 9:36, 2 st., skall detta stadgande tillämpas så att vad som föreskrivits om jäv för aktieägare är tillämpligt, *mutatis mutandis*, på ombud för aktieägare. Härmed menas att om t.ex. aktieägarens ombud är jävig på sätt som föreskrivs i ABL 9:36, t.ex. att bolaget väckt talan mot ombudet, eller den fråga som skall behandlas på bolagsstämman rör ansvarsfrihet eller skadestånd mot styrelseledamot

eller verkställande direktör, och ombudet har en sådan position, skall ombudet betecknas som jävigt.

VI. Likhetsgrundsatsen och generalklausulerna

1. Allmänt

Likhetsgrundsatsen (likhets- eller likställighetsprincipen) kommer i ABL främst till uttryck i ABL 3:1: "Alla aktier har lika rätt i bolaget, om ej annat följer av denna paragraf." Grundsatsen är en allmän associationsrättslig princip och återfinns i en eller annan form i all associationsrättslig lagstiftning eller följer av praxis. Dess ändamål är att skydda minoritetsintressen. I anledning härav är grundsatsen i huvudsak dispositiv i den meningen att avvikelser kan föreskrivas i bolagsordningen eller ske *ad hoc*. Härtill kommer att ABL kan stadga undantag från likhetsgrundsatsen. Ingenting hindrar givetvis att aktieägaren i det enskilda fallet efterger de rättigheter som följer av likhetsgrundsatsen. Aktieägarna kan också sinsemellan avtala bort likhetsgrundsatsen, men som har framgått ovan i avsnitt III är sådana aktieägaravtal (konsortialavtal) icke bolagsrättsligt bindande för bolaget eller bolagsorganen.

Likhetsgrundsatsen skall beaktas av samtliga bolagsorgan. Bryter bolagets ställföreträdare (styrelseledamöter, verkställande direktör, särskilda firmatecknar, etc.) mot grundsatsen i beslut eller en rättshandling, är beslutet ogiltigt och den eventuellt efterföljande rättshandlingen ett befogenhetsöverskridande, som vid ond tro enligt ABL 8:35, 2 st., första meningen, leder till ogiltighet. Ett bolagsstämmobeslut i strid med likhetsgrundsatsen är i allmänhet klanderbart enligt ABL 9:39 såsom stridande mot lag.

Tillämpningen av likhetsgrundsatsen har medfört vissa svårigheter. I första rummet föreligger vissa avgränsningsproblem i förhållande till pluralitetsreglerna i ABL 9 kap. men också till generalklausulerna i ABL 8:34, 1 st. och 9:37. Dessutom föreligger svårigheter i att fastställa det exakta kravet på likhet, dvs. hur absolut likhetsgrundsatsen skall vara i enskilda fall.

En väl så fundamental princip inom associationsrätten som likhetsgrundsatsen är att beslut skall fattas med enkel (absolut) eller kvalificerad majoritet i styrelsen eller på bolagsstämman. Det förhållandet att en aktieägarminoritet inte kan få sin vilja igenom på bolagsstämman är självfallet inte tillräckligt för att kunna betecknas som en olikabehandling. En tillämpning av likhetsgrundsatsen förutsätter härutöver att innehållet i beslutet utgör en olikabehandling av aktieägarna. Ett annat skäl för tillämpning av grundsatsen kan vara, att principen om att en aktie ger en röst *inte* tillämpas vid ett omröstningsförfarande, trots att bolagsordningen icke föreskriver någon avvikelse från huvudregeln i ABL 3:1. (En annan möjlighet är att vissa aktieägare ges fler röster än vad bolagsordningen stipulerar). Som bekant tillåter ABL 3:1, 5 st. en röstvärdesdifferens om högst ett till tio, men äldre bolag har med stöd av övergångsreglerna i ABL rätt att behålla bestämmelser om en större röstvärdesdifferens i bolagsordningen.

2. Likhetsgrundsatsen och i ABL stadgade pluralitetskrav

Pluralitetskraven i ABL 9:30–33 vid beslut om *ändring av bolagsordningen* får antas gå före likhetsgrundsatsen, trots att ändringen i vissa fall kan medföra ett avsteg från likabehandlingskravet. I annat fall skulle pluralitetsreglerna inte fylla någon funktion.

Likhetsgrundsatsen är emellertid delvis förankrad i pluralitetsreglerna vid ändring av bolagsordningen. Innebär ett beslut att rättsförhållandet mellan aktier rubbas, erfordras enligt ABL 9:31 att företrädare för minst 9/10 av samtliga aktier i bolaget och dessutom att samtliga närvarande aktieägare på bolagsstämman biträder beslutet. Kallelsereglerna i ABL 9 kap. tillförsäkrar aktieägarna en möjlighet att närvara vid

bolagsstämman. Likhetsgrundsatsen kommer till svagare uttryck i ABL 9:32, enligt vilken t.ex. en begränsning i bolagsordningen av det antal aktier för vilket aktieägarna får rösta kan beslutas av en majoritet bestående av 2/3 av de avgivna rösterna och 9/10 av de vid bolagsstämman företrädda aktierna. I teorin synes denna pluralitetsregel ge möjlighet för aktieägarna i ett bolag med mycket små andelar att begränsa det antal aktier för vilka t.ex. en aktieägare med ett 10 %-igt innehav får rösta för vid bolagsstämman till 1 % av totala antalet aktier, förutsatt givetvis att samtliga övriga aktieägare kan ena sig härom. Det är härvid logiskt att en tillämpning av likhetsprincipen vid klander icke kan medföra, att beslutet om bolagsordningsändringen blir ogiltigt; eljest skulle bestämmelsen bli synnerligen meningslös och likaväl kunna innehålla ett pluralitetskrav om 100 %. Detsamma gäller en bolagsordningsändring enligt ABL 9:33, 1 p., när en ändring försämrar endast vissa aktiers rätt och samtycke till ändringen skall lämnas av samtliga vid bolagsstämman närvarande ägare av *sådana* aktier företrädande minst 9/10 av alla aktier vars rätt försämras. De frånvarande aktieägarna skall icke med stöd av likhetsprincipen kunna få till stånd en ändring av ett beslut som stötts av den stipulerade, kvalificerade majoriteten. Slutsatsen blir densamma beträffande en bolagsordningsändring som försämrar endast ett helt aktieslags rätt, när beslutet fattats med den i ABL 9:33, 2 p. föreskrivna, kvalificerade majoriteten.

De nu berörda pluralitetsreglerna för ändring av bolagsordningen innebär följaktligen att likhetsgrundsatsen har fått vika med hänsyn till vad lagstiftaren har ansett vara betingat av ett behov av handlingsfrihet för aktiebolaget (se SOU 1941:9 s. 302). Det är därmed inte en gång för alla givet att liknande överväganden och beaktande av likhetsgrundsatsen av lagstiftaren lagts till grund för andra pluralitetsregler än sådana som gäller vid ändring av bolagsordningen. Även om enligt huvudregeln bolagsstämmobeslut fattas med enkel (absolut) majoritet, skall en betydande del av de grundläggande besluten om t.ex. riktad nyemission, nedsättning av aktiekapital, förvärv av egna aktier, fusion, etc. beslutas på bolagsstämman med kvalificerad (i allmänhet 2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädda aktierna) majoritet. Det är självfallet uteslutet att en tillämpning av likhetsgrundsatsen kan

aktualiseras enkom av det skälet att beslutet gått en minoritet emot. För det fall emellertid beslutet materiellt sett innebär en olikabehandling av aktier, kan likhetsgrundsatsen dock bli tillämplig. Har således ett beslut om fusion, nedsättning, förvärv av egna aktier, etc. utformats så att det behandlar aktierna olika vad gäller nedsättnings- eller förvärvsbelopp, eller vederlag vid fusion, är likhetsgrundsatsen utan vidare tillämplig. Till skillnad från beslut om ändring av bolagsordningen *kompletterar* här likhetsgrundsatsen pluralitetsreglerna.

Beslut om riktade emissioner intar en särställning. Sådana beslut kan inte ogiltigförklaras med en tillämpning av likhetsgrundsatsen enkom av det skälet att de är riktade till förmån för en grupp aktieägare, och att andra aktieägare på grund härav icke äger rätt att deltaga i emissionen. Har beslutet fattats med den erforderliga majoriteten (kvalificerad majoritet vid kontantemission men endast enkel eller absolut majoritet vid apportemission, se ABL 4:2) är det således giltigt som sådant, trots att beslutet innebär en olikabehandling av aktieägarna. Om emellertid villkoren för nyemissionen är sådana att de aktieägare som deltar i emissionen gynnas framför andra, kan likhetsgrundsatsen alternativt generalklausulen bli tillämplig. (Se härom främst Johansson s. 138 ff., som emellertid är av meningen, att minoritetens remedium är att ingripa med stöd av generalklausulen i ABL 9:37.) I de fall ABL inte föreskriver kvalificerad majoritet, utan huvudregeln om enkel (absolut) majoritet är tillämplig, kan likhetsgrundsatsen vinna tillämpning (vid sidan av generalklausulen) utan begränsningar i varje enskilt fall. Även här får i princip anses gälla, att den fråga som är föremål för beslut i och för sig inte kan utlösa en tillämpning av likhetsgrundsatsen. Beslutets konsekvenser för aktieägarna enligt beslutets innehåll får tillmätas avgörande betydelse.

3. Likhetsgrundsatsen vis à vis generalklausulerna

Såvitt gäller avgränsningen av likhetsgrundsatsen mot generalklausulerna är följande att anteckna.

3. Likhetsgrundsatsen vis à vis generalklausulerna

Generalklausulerna tillkom vid införandet av 1944 års aktiebolagslag. De var ursprungligen avsedda att komplettera likhetsgrundsatsen (se SOU 1941:9 s. 301 ff. och Nial i SvJT 1941 s. 702 och 716 f., ävensom Pehrson, Generalklausuler i aktiebolagslagen, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1987 s. 483 och 488 ff.). Det var vid tidpunkten ifråga inte klart om generalklausulerna skulle erbjuda ett större minoritetsskydd än vad som potentiellt innefattades i likhetsgrundsatsen. Nial, som var en av författarna till förslaget om generalklausuler, uttalade t.ex. att han personligen var av uppfattningen, att generalklausulerna låg *inom* likhetsgrundsatsens räckvidd. I Lagberedningens motivering till lagförslaget upptogs såsom skäl till de föreslagna generalklausulerna särskilt svårigheten att skilja mellan *formell* och *reell* likabehandling. Härvid uppmärksammades i synnerhet beslut "rörande förvaltningsåtgärd, avtal eller annan rättshandling" innebärande formellt sett en likabehandling av aktieägarna men reellt sett en fördel för vissa och en nackdel för andra. I fokus var fallet där ett bolagsstämmobeslut gav till resultat, att bolaget sedermera skadades – och därmed också bolagets aktieägare – men att vissa aktieägare indirekt (t.ex. på grund av intressen i bolagets motpart i transaktionen) vann fördelar av beslutet. Eftersom det förelåg oklarhet om likhetsgrundsatsens räckvidd, fanns en risk för att en aktieägarminoritet blev utan remedium mot bolagsskadliga beslut; det förhållandet att ett bolagsstämmobeslut var skadligt för bolaget utgjorde ju icke i och för sig tillräcklig grund för klander av beslutet (se SOU 1941:9 s. 303). För det fall styrelsen i stället för bolagsstämman fattat en sådant bolagsskadligt beslut till skada jämväl för bolagets aktieägare, men till båtnad indirekt för vissa aktieägare, förutsatte (och förutsätter alltjämt) en skadeståndstalan riktad mot styrelsen från bolagets sida ett bolagsstämmobeslut biträtt av en minoritet bestående av ägare till minst en tiondel av samtliga aktier vid bolagsstämman. Införandet av generalklausulerna skulle emellertid ge en aktieägarminoritet möjlighet att föra en egen talan mot styrelsen grundad på styrelsens överträdelse av den för styrelsen gällande generalklausulen (se härom Nial, *op.cit.* s. 717).

Generalklausulerna kan i denna mening således ha införts i anledning av den oklarhet som vid tidpunkten för införandet förelåg om likhets-

grundsatsens tillämpningsområde. En motsvarighet till principen om aktiers lika rätt i ABL 3:1 fanns visserligen redan i 1910 års lag (6 § 2 st.) och i 1941 års lagförslag (9 § 3 st.) samt i 1944 års aktiebolagslag (9 §, 1 mom. 3 st.) åtminstone i indirekt form ("där ej alla aktier skola medföra samma rätt", skall bolagsordningen föreskriva vilka avvikelser som skall förekomma.. Jfr också SOU 1971:15 s. 155 och kommentaren till det däri föreslagna stadgandet i 17 § om att alla aktier skall ha lika rätt i bolaget, vilket stadgande anges motsvara tidigare stadgande). Härigenom kom likhetsgrundsatsen delvis till uttryck. En begränsad tolkning av likhetsgrundsatsen skulle emellertid medföra, att ett beslut som formellt sett innebar en likabehandling av aktieägarna, men reellt sett en olikabehandling, skulle falla utanför likhetsgrundsatsens tillämpningsområde. Redan risken för att en sådan tolkning av likhetsgrundsatsen skulle göra sig gällande i rättspraxis befanns vara tillräcklig grund för införandet av generalklausulerna. Likhetsgrundsatsen skulle "kompletteras" och "kringgående" av grundsatsen skulle förebyggas med generalklausulerna. Samtidigt uttalade såväl lagberedningen som Nial personligen (se SOU 1941:9 s. 303 och Nials *op. cit.* s. 716), att enligt deras uppfattning likhetsgrundsatsen var tillämplig i sådana kringgåendefall och att generalklausulerna noga taget var överflödiga.

Generalklausulerna kan emellertid inte samtidigt vara ett *uttryck för* och en *komplettering* av likhetsgrundsatsen. I det förra fallet föreställs en vid definition av likhetsgrundsatsen, som även omfattar den reglering som generalklausulerna avser. I det senare fallet betraktas likhetsgrundsatsen mera inskränkt och kompletteras av generalklausulerna. (Jfr Andersson s. 249, som skiljer mellan likhetsprincipen i "vid mening" och samma princip i "snäv mening". I det förra fallet är generalklausulerna ett uttryck för likhetsgrundsatsen, i det senare en komplettering. Se dock Pehrson *op. cit.* s. 500, som förefaller utgå ifrån en snäv tolkning av likhetsgrundsatsen: "Att generalklausulerna har ett vidare tillämpningsområdet än likhetsprincipen beror på att likhetsprincipen endast omfattar åtgärder som bereder aktieägare i ett och samma bolag fördelar respektive nackdelar." En sådan snäv tolkning av likhetsgrundsatsen saknar emellertid uttryckligt stöd i rättskällorna. Se härvid främst vad som uttalas i SOU 1941:9 s. 303 och av Nial, *op. cit.* s. 717.)

3. Likhetsgrundsatsen vis à vis generalklausulerna

Betecknas å andra sidan generalklausulerna enkom som ett uttryck för likhetsgrundsatsen, försätts lagtolkaren i ett hart när ouppløsligt dilemma: Å ena sidan skall generalklausulerna uppfylla ett behov till skydd för minoriteten, men begränsas till beslut som leder till en "uppenbar" fördel (numera "otillbörlig" fördel); å andra sidan gör en fixering i en vid definition av likhetsgrundsatsen sådana kvalificerande rekvisit överflödiga, dvs. en likhetsgrundsats i vid mening skulle bli tillämplig även vid förekomsten av *icke* uppenbara eller otillbörliga fördelar (ett resultat som knappast är ägnat att befrämja rättssäkerheten och särskilt förutsebarheten). Dilemmat kan illustreras med det exempel som ges i förarbetena till 1944 års ABL (se SOU 1941:9 s. 303).

Om sålunda bolagsstämman (eller styrelsen) i ett aktiebolag beslutar att träffa avtal med ett annat bolag, som äger 60 % av aktierna i förstnämnda bolag, på ett för detta moderbolag förmånligare villkor än marknadsmässiga villkor, lider dotterbolaget en skada på grund härav som drabbar aktieägarna i dotterbolaget lika. Indirekt gynnas dock moderbolaget. I en formell snäv mening har aktieägarna i dotterbolaget behandlats lika. Reellt sett, och på grund av en vid tolkning av likhetsgrundsatsen, har en olikabehandling skett till fördel för moderbolaget och till nackdel för övriga aktieägare. Enligt den vidsträckta tillämpningen av likhetsgrundsatsen kan bolagsstämmobeslutet (styrelsebeslutet) sägas stå i strid med denna grundsats. En tillämpning av generalklausulerna kan emellertid leda till att den fördel moderbolaget vunnit icke är "uppenbar" eller – enligt gällande rätt – "otillbörlig", t.ex. på grund av att avtalet långsiktigt innebär stora fördelar för dotterbolaget (moderbolaget kan t.ex. vara en underleverantör eller i övrigt samarbetspartner till dotterbolaget). Avsaknaden av kortsiktig affärsmässighet kompenseras måhända långsiktigt. Om generalklausulen av nu angivna skäl icke blir tillämplig, synes det från rättssäkerhetssynpunkt uteslutet att likhetsgrundsatsen med en vid tolkning kan grunda ogiltighet av beslutet. Det ouppløsliga dilemmat kan bara undvikas genom att det accepteras, att generalklausulerna syftar till att *ersätta* och självständigt överta likhetsgrundsatsens *vida* tillämpningsområde. Generalklausulerna skulle därigenom komplettera en snäv tolkning av likhetsgrundsatsen.

Detta resultat synes också sammanfalla med en annan tolkningsgrund, nämligen distinktionen mellan likhetsgrundsatsens "aktie" och generalklausulernas "aktieägare". (Se om denna distinktion bl.a. Johansson s. 134 och Andersson s. 254 f. Den senare är av uppfattningen, att "distinktionen generellt sett inte bör godtas", *op. cit.* s. 255. Johansson, *op. cit.* s. 134 f. tillägger, att det är osäkert om en "dylik situation går att uppleta i praktiken", dvs. där distinktionen har betydelse. Se även Nials utlåtande i NJA 1963 s. 431, s. 438 och i SvJT 1965 s. 581 och 583 f.) Distinktionen kan emellertid inlemmas i ett sammanhang i ovan givna exempel. Bolagsstämmobeslutet (eller styrelsebeslutet) innebär att alla "aktier" i dotterbolaget behandlas lika. Det förhållandet att moderbolaget indirekt vinner fördelar, som åtminstone kortsiktigt missgynnar övriga aktieägare, påverkar inte slutsatsen, att aktierna såsom andelar i ett aktiebolag är föremål för likabehandling. Så länge likhetsgrundsatsen endast avser aktierna, kan en formell likabehandling upprätthållas i många fall, samtidigt som aktieägarna reellt är föremål för olikabehandling. Distinktionen mellan formell och reell likabehandling ger följaktligen distinktionen mellan "aktie" och "aktieägare" relevans (direkt och indirekt olikabehandling). Med en aktie följer rättigheter och skyldigheter för aktieägaren. Dessa rättigheter och skyldigheter är emellertid knutna till aktien eller andelen i det specifika bolaget. I det ovan givna exemplet med ett moder- och dotterbolag följer inte den fördel som moderbolaget åtnjuter på grund av avtalsrättigheterna ifråga av aktierna eller aktieägandet i dotterbolaget, utan av avtalet. Fördelen är en indirekt följd av majoritetsägandet i dotterbolaget; majoriteten har utnyttjat sin position för att ge sig själv fördelar.

Förhållandet blir detsamma om en majoritet tvingar igenom ett beslut om en rättshandling som ger fördelar åt i och för sig fysiska eller juridiska personer som är närstående till majoriteten. Ej heller sådana fördelar eller rättigheter följer av aktieägandet i det bolag vari beslutet fattas. Det exempel som bekymrade Lagberedningen vid tillkomsten av generalklausulerna (se SOU 1941:9 s. 302 f.) i samband med införandet av 1944 års ABL kan givetvis varieras. (Jfr distinktionen mellan formell och reell diskriminering inom ramen för den s.k. Cassis-doktrinen i EU-

rätten vid tillämpningen av förbudet mot kvantitativa restriktioner och liknande handelshindrande åtgärder.)

1. En bolagsstämma beslutar om en *nyemission* av aktier *med företrädesrätt* för aktieägarna. Teckningskursen korresponderar med aktiernas nominella värde, vilket antas ligga långt under aktiernas marknadsvärde. (Eftersom nyemissionen skall tecknas med företrädesrätt för aktieägarna, antas denna värdediskrepans sakna betydelse.) Nyemissionsbeloppet, dvs. det belopp med vilket aktiekapitalet skall öka, fastställs emellertid till flera hundra procent över befintligt aktiekapital. Tidsfristen för betalning av tecknade aktier beslutas vara mycket kort. Formellt och direkt föreligger en likabehandling av aktier och deras ägare. Reellt och indirekt framträder emellertid en olikabehandling i det att en minoritet av aktieägarna med ca 40 % av aktierna saknar ekonomiska möjligheter att deltaga i emissionen. Likhetsgrundsatsen som den kommer till uttryck i ABL 3:1 kan knappas bli tillämplig. Enskilda aktieägares ekonomiska förhållanden eller prioriteringar, preferenser, etc. torde inte vinna beaktande vid tillämpningen av likhetsgrundsatsen i snäv mening. Sådana förhållanden kan också få betydelse t.ex. vid inlösen av aktier enligt ABL 6:1, 3 st., 1 p., och förvärv av egna aktier enligt ABL 7:11 ff. En aktieägare kan välja att avstå från att delta i inlösen eller försäljning av aktier av hänsyn till hans skattesituation eller hans personliga bedömning av framtida värdestegringar. Däremot är det icke alls uteslutet att i huvudexemplet ovan generalklausulen blir tilllämplig i beaktande av utspädningseffekten av nyemissionen och den fördel majoriteten kan vinna därav. För det fall t.ex. nyemissionsbeloppet inte motsvarar ett faktiskt kapitalbehov, kan fördelen måhända kvalificeras som "otillbörlig". Frågan är ju också vad nyemissionen "kan" ge i form av otillbörliga fördelar. Om nu av olika skäl fördelen icke kvalificeras som otillbörlig, t.ex. därför att aktiekapitalökningen varit mer eller mindre nödvändig för genomförandet av en strukturaffär, som inte kunnat finansieras på annat sätt, eller för mötandet av förluster (extraordinära), och att det dessutom framstår som klart att bolaget skulle få svårig-

heter att överleva utan kapitalökningen, förefaller det enligt min mening främmande, att bolagsstämmobeslutet förklaras ogiltigt på grundval av en vid tillämpning av likhetsgrundsatsen med hänsynstagande till varje enskild aktieägares och deras närståendes personliga förhållanden.

2. Om beslutet ovan i exempel 1. hade gällt en *nyemission utan företrädesrätt* för aktieägarna, skulle beslutet som sådant vara oförenligt med likhetsgrundsatsen i ABL 3:1, eftersom den riktade nyemissionen (t.ex. till en majoritet av aktieägarna eller annan) medför en utspädning till skada för de aktieägare som icke kan ges rätt att delta i emissionen. För det fall teckningskursen emellertid sätts till aktiernas marknadsvärde, torde formell likhet gälla. Likhetsgrundsatsen är däremot inte tillämplig enkom av det skälet att nyemissionen är riktad; eljest vore pluralitetsregeln i ABL 4:2, 2 st., meningslös. Är emissionen riktad till förmån för *vissa* aktieägare, synes det mera sällan kunna påvisas objektivt godtagbara skäl för att tillgodose endast dessa aktieägare (jfr SOU 1971:15 s. 175 och prop. 1973:93 s. 129 samt Johansson s. 144).
3. Ett aktiebolag har fem delägare, varav en äger 60 % av aktierna och övriga 10 % vardera. Bolaget är relativt nybildat. Samtliga delägare bedriver konsultverksamhet i egna aktiebolag. På bolagsstämman beslutas att *rikta en apportemission* till förmån för majoritetsägaren; hans aktier i det av honom självständigt ägda aktiebolaget skall apporteras in mot aktier i det gemensamt ägda bolaget. Majoritetsägaren motsätter sig samtidigt att för närvarande rösta för en motsvarande apportemission för övriga delägare avseende deras aktier i de av dem självständigt ägda aktiebolagen. Är beslutet förenligt med likhetsgrundsatsen? För en riktad apportemission har inte stadgats särskilda pluralitetskrav i ABL 4 kap. Ett beslut om riktad apportemission innebär av inneboende nödvändighet en olikabehandling såtillvida att endast den person som tillhandahåller den efterfrågade apportegendomen kan delta i emissionen. Av samma skäl som anförts ovan under 2 p. kan likhetsgrundsatsen inte bli tillämplig enbart på grund av att apportemissionen är riktad; en motsatt ståndpunkt skulle ge till resultat att samtliga sådana beslut skall

tas med enhällighet (jfr Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 24 f.). Det är snarare en uppgift för lagstiftaren, om den finner att det nuvarande systemet ger upphov till orimligheter, att införa andra pluralitetskrav (se om denna fråga ovan i avsnitt III. 12). I övrigt kringgärdas apportemissioner av kontrollbestämmelser avsedda att tillförsäkra, att bolaget och övriga aktieägare icke lider skada. Det förhållandet att apportemissionen är riktad till förmån för majoritetsägaren kan inte heller i sig betecknas som en "otillbörlig fördel" enligt generalklausulen. Grund för antagande om otillbörlighet får i stället sökas i andra förhållanden som sammanhänger med emissionen. Det kan t.ex. vara så att enligt ett aktieägaravtal delägarna emellan har föreskrivits, att lön till delägarna skall utbetalas i förhållande till intjäningsförmågan, vilket kan ge majoritetsägaren en fördel framför övriga delägare på grund av tidigare kundrelationer. Därmed är det inte sagt att denna fördel utan vidare skall kvalificeras som "otillbörlig".

4. Ett aktiebolags bolagsordning innehåller ett *förbehåll om lösningsrätt* vid övergång av aktie. Enligt förbehållet skall aktierna vid hembud fördelas mellan dem som erbjudit sig att inlösa aktierna i förhållande till aktieinnehavet. Genom ett beslut på bolagsstämma ändras bolagsordningsföreskriften sålunda att fördelningen – i stället för i förhållande till aktieinnehavet – skall ske i förhållande till *antalet* inlösenintressenter (dvs. *per capita*). Beslutet fattas med den i ABL 9:30 erforderliga majoriteten (2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädda aktierna). Alternativt skulle kunna påstås, att den nya bolagsordningsföreskriften innebär, att rättsförhållandet mellan aktierna i bolaget rubbas, varför pluralitetskravet i ABL 9:31 skall gälla. Mot detta talar emellertid Högsta domstolens avgörande i NJA 1963 s. 431. Den omständigheten att bolagsordningen innehåller en hembudsbestämmelse, med tillämpning på samtliga aktier i bolaget enligt en viss fördelningsgrund, medför icke i sig att aktierna i bolaget olikabehandlas. Även om fördelningsgrunden ändras, medför aktierna fortsatt samma rätt i bolaget. Det är också säkerligen av det skälet som Högsta domstolen i nyssnämnda avgörande inte fann likhetsgrund-

satsen tillämplig. Av samma skäl kan ej heller likhetsgrundsatsen i snäv mening bli tillämplig. Antas bolagsstämmobeslutet ha varit av sådan karaktär att rättsförhållandet mellan aktierna rubbats, allt medan beslutet fattats i enlighet med pluralitetskraven i ABL 9:31, torde likhetsgrundsatsen i snäv mening likväl ej bli tillämplig. I förhållande till denna likhetsgrundsats får pluralitetsbestämmelserna anses uttömmande reglera minoritetsskyddet. Däremot hindrar inte uppfyllandet av pluralitetskraven för bolagsordningsändringar en tillämpning av generalklausulen. Det sagda framgår av förarbetena till 1975 års ABL (SOU 1971:15 s. 244 f.), i vilka det betonas att generalklausulen skall fungera som en säkerhetsventil, särskilt som 1975 års ABL innebär ett underlättande av även ingripande ändringar av bolagsordningen jämfört med 1944 års bestämmelser om bolagsordningsändringar. Nedskärningen av de tidigare gällande höga pluralitetskraven avsåg ge praktiska fördelar för bolaget och samtliga aktieägare. Det därigenom reducerade minoritetsskyddet skulle kompenseras genom en tillämpning av generalklausulen. En tillämpning av generalklausulen skulle kunna aktualiseras t.ex. i det fallet där lösenbeloppet vid inlösen av aktier fastställs till ett värde långt under aktiernas faktiska värde (jfr Nials exempel i SvJT 1965 s. 583 f.). Avgörandet i NJA 1963 s. 431 ägde rum med en tillämpning av 1944 års ABL. Ändringarna i 1975 års ABL av pluralitetskraven för bolagsordningsändringar och generalklausulen får i beaktande av förarbetsuttalandena i SOU 1971:15 s. 244 f. samt senare uttalanden i den aktiebolagsrättsliga doktrinen, (se t.ex. Johansson s. 127 med ytterligare hänvisningar), anses innebära, att domstolsavgörandet huvudsakligen är överspelat.

5. En majoritet av ägarna i ett aktiebolag har i enlighet med ABL 13:6, 1 st. (mer än hälften av de avgivna rösterna) beslutat att *likvidera* aktiebolaget på grund av att detta saknar förutsättningar för fortsatt verksamhet. En stor grupp aktieägare med över 40 % av rösterna och aktiekapitalet motsätter sig beslutet. Denna minoritet har till skillnad från övriga aktieägare fordringar hos bolaget om betydande belopp, vilka fordringar de räknar med inte kan komma att regleras vid en likvidation. Likvidationen övergår på likvidators

ansökan enligt ABL 13:35 i ett konkursförfarande. Det kan härtill antagas, att om bolaget hade drivits vidare, minoritetsägarna hade haft vissa möjligheter att få fordringarna åtminstone delvis reglerade. Återigen kan konstateras, att beslutet inte står i strid med likhetsgrundsatsen. Aktieägarnas rättigheter eller skyldigheter på grund av aktierna i bolaget är icke föremål för olikabehandling på grund av likvidationsbeslutet. Att sedan minoritetsaktieägarna i egenskap av fordringshavare eventuellt kan komma att missgynnas av beslutet rubbar icke det sagda. Inte ens generalklausulen synes i avsaknad av en otillbörlig fördel för majoriteten kunna bli tillämplig.

6. På en bolagsstämma beslutas om en *riktad nyemission* till förmån för extern part. En av aktieägarna, som före nyemissionen har 12 % av aktierna, men som efter nyemissionen kommer att inneha endast 9 % av rösterna och kapitalet, är emot beslutet. Denna minoritetsägare är den enda ägaren som förlorar sina minoritetsrättigheter enligt ABL på grund av ett 10 %-igt innehav av aktierna. Kan aktieägarna vinna framgång med klander? (Jfr mål nr T 6-236-88 i Stockholms tingsrätt och Ö 1849/88 i Svea hovrätt; se även Johansson s. 146.) Bolagsstämmobeslutet förefaller vara förenligt med likhetsgrundsatsen i snäv mening (jfr ovan under 2 p.). Enbart det förhållandet att minoritetsaktieägaren inte kan göra gällande sina aktiebolagsrättsliga rättigheter på grund av ett 10 %-igt innehav torde inte utlösa en tillämpning av generalklausulen. Härför fordras något mer av otillbörlighet, varom mera nedan.
7. Ett dotterbolag, som till 91 % ägs av moderbolaget, ger till detta bolag ett s.k. *koncernbidrag*. Minoritetsaktieägarna erhåller inget bidrag eller motsvarande. Ett koncernbidrag av angivet slag (från dotter- till moderbolag eller systerbolag) är definitionsmässigt att beteckna som en vederlagsfri utbetalning och skall därför behandlas som en vinstutdelning. Formerna för koncernbidrag är vanligen icke förenliga med de formella vinstutdelningsbestämmelserna i ABL 12 kap. Fråga är icke om en öppen, ordinär vinstutdelning, utan fastmera om en förtäckt sådan i beaktande av avvikelsen från formkraven. (Till frågan om den allmänna giltigheten av förtäckta

vinstutdelningar, se nedan avsnitt VIII. 3.) Bortses i förevarande sammanhang från problematiken, huruvida en avvikelse från formkraven innebär att utdelningen är ogiltig, dvs. frågan, om en förtäckt vinstutdelning är ogiltig i sig, kan koncernbidraget angripas på åtminstone två grunder: För det första kan koncernbidraget stå i strid med de materiella vinstutdelningsbestämmelserna i ABL 12 kap. i det att bidraget överskridit vad som finns tillgängligt i form av disponibla vinstmedel (t.ex. utgör en förskottsutdelning som saknar täckning i disponibla vinstmedel enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret). Härvid blir ABL 12:5 tillämplig (varom mera nedan i avsnitt VIII. 8). För det andra kan göras gällande, att koncernbidraget är oförenligt med minoritetsskyddet i form av likhetsgrundsatsen. Denna skall tilllämpas oavsett om beslutet fattats av bolagsstämman eller styrelsen. Här har antagits, att beslutet om koncernbidrag i praktiken oftast fattas av styrelsen, varför vid brott mot likhetsgrundsatsen fråga är om ett befogenhetsöverskridande. I detta fall av koncernbidrag kan tilllämpligheten av likhetsgrundsatsen (i snäv mening), som denna kommer till uttryck i ABL 3:1, knappast ifrågasättas (jfr Andersson s. 258 ff.) Vid denna tilllämpning finns inget utrymme för affärsmässiga eller företagsekonomiska överväganden av det slag som en tillämpning av generalklausulerna eventuellt kan innebära. Fråga är om en formalistisk likabehandling, krona för krona, utan hänsynstagande till om moderbolaget framdeles på grund av koncernbidraget kan förväntas bidra med resurser eller om koncernbidraget är utvecklande för koncernen, etc. Koncernbidraget skall rättsligt behandlas på samma sätt som reguljära utdelningsbeslut. Koncernbidraget medför en olikabehandling av aktierna i dotterbolaget, innefattande självfallet aktieägarnas rättigheter till avkastning.

8. Om det i stället för p. 7 ovan antas, att dotterbolaget lånar ut ett motsvarande belopp till moderbolaget, är situationen mer komplicerad. För det fall lånet är att kvalificera som vederlagsfritt (se härom bl.a. Nerep s. 90 ff.), utgör det en förtäckt vinstutdelning, varför lånebeslutet är ett befogenhetsöverskridande. (På samma sätt kan beslutet på materiella vinstutdelningsgrunder vara ogiltigt

enligt bestämmelserna i ABL 12 kap.) Återigen saknas skäl att tillämpa generalklausulerna. Likhetsgrundsatsen skall tillämpas strängt och konsekvent. (Jfr Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 23, fotnot 30. Att sedan minoriteten kan avstå från att göra gällande likhetsgrundsatsen är en annan sak. Grundsatsen tillhör det dispositiva rättområdet.) Antas emellertid att lånet till moderbolaget inte är att beteckna som vederlagsfritt, och således inte en förtäckt vinstutdelning, uppkommer frågan, om minoriteten med stöd av likhetsgrundsatsen kan ha anspråk på motsvarande lån på samma villkor, när t.ex. räntan för lånet avsevärt underskrider marknadsräntan, eller villkoren i övrigt inte är marknadsmässiga. En tillämpning av likhetsgrundsatsen aktualiseras endast om avvikelsen från marknadsmässiga villkor kan ses som en vederlagsfri utbetalning, dvs. en icke affärsmässig transaktion. En prövning av denna fråga kan inte uteslutande avse en beräkning av differensen mellan den ränta som gäller allmänt på marknaden och den faktiska räntan, utan skall också omfatta andra omständigheter, t.ex. dotterbolagets övriga affärsmässiga fördelar av att lämna lånet på sådana villkor, i beaktande bl.a. av moderbolagets ställning som samarbetspartner, underleverantör, kund, etc. Om en sådan prövning ger vid handen, att *räntedifferensen* – som dessutom skall vara väsentlig (se härom Nerep s. 60 ff.) – kan kvalificeras som en vederlagsfri utbetalning, skall (vid sidan av de materiella utbetalningsbestämmelserna) likhetsgrundsatsen i snäv mening tillämpas. I realiteten torde emellertid en sådan prövning mera sällan resultera i sagda slutsats. Utan en vederlagsfri utbetalning, och således en förtäckt utdelning, är likhetsgrundsatsen i snäv (och sträng) mening icke tilllämplig. I stället kan generalklausulerna bli tilllämpliga. Tillämpningsutrymmet för dessa är emellertid begränsat. Om en prövning av vederlagsfriheten i lånevillkoren, dvs. en prövning av frågan om lånevillkoren är affärsmässiga eller inte, inte leder till att fråga är om en vederlagsfri utbetalning (utan snarare till att lånevillkoren är affärsmässiga), torde en otillbörlighetsprövning knappast leda till ett annat resultat. I mera sällsynta fall kan en skillnad i resultat uppkomma: För att fråga skall vara om en vederlagsfri

utbetalning förutsätts, att vederlagsfriheten i någon mening varit avsiktlig, dvs. subjektivt betingad. Analysen nedan visar att otillbörlighetsbedömningen enligt generalklausulerna är objektivt grundad. Så t.ex. kan teoretiskt sett förekomma, att dotterbolaget lämnar ett lån till moderbolaget på för dotterbolaget affärsmässiga villkor, såsom situationen gestaltat sig vid tidpunkten för utbetalningen av lånet, men lånet ändå betecknas som otillbörligt i beaktande av att det helt eller delvis kan komma att finansiera moderbolagets förvärv eller inlösen av minoritetsaktierna.

9. Om nu dotterbolaget i ovan angivna exempel 8 (för att återkomma till det exempel som upptagits i SOU 1941:9 s. 302 f.) med moderbolaget som motpart genomför en affärstransaktion av annan art, t.ex. till moderbolaget säljer ett större fastighetsbestånd, skall likhetsgrundsatsen tilllämpas i den mån transaktionen utgör en vederlagsfri utbetalning, dvs. förtäckt vinstutdelning. Om transaktionen inte till någon del är vederlagsfri, dvs. om transaktionen är affärsmässigt betingad, blir återigen utrymmet för en tillämpning av generalklausulerna ytterst begränsat. Detta förhållande, dvs. att tillämpningsutrymmet för generalklausulerna påverkades av utdelningsreglerna, noterades vid generalklausulernas tillkomst (se SOU 1941:9 s. 302 f.). Vid diskussionen av ovan angivna exempel i förarbetena uttalades, att ett bolagsstämmobeslut (så också styrelsebeslut), som ger moderbolaget en fördel till nackdel för dotterbolaget i transaktionen, i "många fall" kan komma att strida mot syftet med dotterbolagets verksamhet (vinstintresset eller principen om vinstpåbud), om annat icke föreskrivits i bolagsordningen. Härmed avsågs sannolikt området för förtäckt vinstutdelning. I direkt anslutning till att detta regelverk uppmärksammades av Lagberedningen förekom emellertid följande uttalande: "Men såsom ovan framhållits utgör bolagsskadligheten av ett beslut icke i och för sig tillräcklig grund för klander av beslutet." Konstaterandet är förvisso riktigt, men förefaller utelämna möjligheten att på annan grund klandra samma beslut, nämligen på den grunden att beslutet strider mot verksamhetens syfte (som vid tidpunkten och i 1944 års aktiebolagslag i 76 § 2 st. och 91 § var föremål för särskild regle-

ring) och således utgjorde förtäckt vinstutdelning, eller i vart fall på den grunden att transaktionen såsom varande förtäckt vinstutdelning kom att strida emot likhetsgrundsatsen, såsom denna kom till uttryck i 6 § 2 st. i 1910 års aktiebolagslag och 9 § första mom. 3 st. i 1944 års aktiebolagslag. Likhetsgrundsatsen i snäv mening utgör alltid klandergrund. Vid varje form av utdelning skall aktierna behandlas lika i bolaget, om annat inte föreskrivits i bolagsordningen. Det exempel som Lagberedningen i 1941 års förarbeten lade till grund för motivering av generalklausulerna var således i beaktande av det sagda icke särskilt välvalt. (Däremot illustrerade exemplet väl skillnaden mellan formell och reell likabehandling av aktieägare, vilken skillnad synes ha varit det främsta incitamentet till förslaget om generalklausulerna.) Generalklausulernas främsta tillämpningsområde får antas vara ett annat än sådana affärstransaktioner som är att beteckna som förtäckt vinstutdelning (se ovan 1–5 p.).

10. Renodlas exemplet ovan i 9 p. så att moderbolaget (som således äger 91 % av dotterbolaget) förvärvar en fastighet av dotterbolaget till bokfört värde, när fastighetens marknadsvärde betydligt överskrider det bokförda värdet, synes resultatet bli följande. (Härvid bortses från de materiella utdelningsreglerna i ABL 12 kap.; det kan med en tillämpning av dessa regler ifrågasättas om fråga är om en utdelning, se nedan avsnitt VIII. 4.) Från minoritetsskyddssynpunkt föreligger en vederlagsfri utbetalning (i vart fall om värdediskrepansen är väsentlig; jämför med vad som gäller vid blandade förvärv, se Nerep s. 60 ff.), således en förtäckt vinstutdelning. Om beslutet om försäljningen av dotterbolagets fastighet fattas vid bolagsstämma, kan det klandras med stöd av likhetsgrundsatsen (i snäv mening). För det fall styrelsen fattat beslut härom, är beslutet ogiltigt på samma grund såsom varande ett befogenhetsöverskridande. Styrelsen kan också bli ansvarig mot bolaget och aktieägare enligt ABL 15:1. En tillämpning av generalklausulerna synes i dessa fall överflödig, vilket inte hindrar att generalklausulerna kan vinna alternativ tillämpning. I de fall likhetsgrundsatsen inte kan tillämpas, med hänvisning till att fråga icke är om en vederlagsfri

utbetalning, finns möjligen en rest av tillämpningsområde för generalklausulerna när, såsom ovan omtalats, den ifrågavarande transaktionen ändå objektivt sett innebär en otillbörlig fördel för vissa aktieägare (eller deras närstående) och en nackdel för andra. Härutöver kan vid s.k. blandade förvärv ett väsentlighetsrekvisit (avseende värdediskrepansen) utesluta att fråga är om en vederlagsfri utbetalning, men den fördel som icke befinns vara *väsentlig* ändå kunna betecknas som *otillbörlig*. Skall värdediskrepansens väsentlighet fastställas i såväl absoluta som relativa termer, vilket synes vara rationellt (se Nerep s. 65 f.), blir utrymmet för otillbörlig fördel i den nu diskuterade transaktionen till bokfört värde än mer begränsat. (Därmed inte sagt att det *helt* saknas utrymme för en tillämpning av generalklausulerna.)

Ovan givna exempel torde således visa, att generalklausulernas tillämpningsområde är – utöver det minoritetsskydd som likhetsgrundsatsen i snäv mening erbjuder – begränsat. Visserligen kan generalklausulerna tillämpas alternativt med likhetsgrundsatsen i många fall, men en *självständig funktion* har generalklausulerna främst i de fall där en majoritet av aktieägare med stöd av uttryckliga pluralitetsregler i ABL beslutat om nyemission, nedsättning, förvärv av egna aktier, ändring av bolagsordning, likvidation, etc. Den för bolagsstämman avsedda generalklausulen kompenserar härigenom i viss mån det bortfall av minoritetsskydd som sådana pluralitetsregler kan innebära. En sådan tillämpning gjordes möjlig först genom införandet av 1975 års ABL och framgår uttryckligen av lagförarbetena (SOU 1971:15 s. 244 f., jfr NJA 1963 s. 431). Den situation som i förstone gav upphov till förslaget om generalklausulerna vid utarbetandet av 1944 års ABL (det icke helägda dotterbolagets transaktion till förmån för moderbolaget) hade huvudsakligen kunnat korrigerats med då och nu gällande regler om vederlagsfria utbetalningar och en tillämpning av likhetsgrundsatsen i snäv mening (jfr Andersson s. 258 ff.). Lagberedningens (se SOU 1941:9 s. 303) målsättning, att genom införandet av generalklausulen för bolagsstämma öppna en klandermöjlighet, synes i detta perspektiv vara i princip förfelad; härtill kommer att i praktiken beslutar styrelsen eller VD om sådana

affärstransaktioner som allmänt karaktäriseras som förtäckta utdelningar. Den rest av tillämpningsområde som återstår för generalklausulerna är – såvitt gäller affärstransaktioner – sådana beslut som inte är avsedda att utgöra förtäckta vinstutdelningar, men som ändå ger fördelar åt vissa aktieägare (eller deras närstående) och nackdelar åt andra aktieägare eller bolaget, eller där fördelen är så ringa, att den inte betecknas som en vederlagsfri utbetalning (värdediskrepansen i transaktionen är icke väsentlig), men ändå otillbörlig. I exempel 10 ovan kan t.ex. bolagsstämmans eller styrelsens beslut avsiktligt formuleras så att väsentlighetsrekvisitet icke uppfylls, men majoriteten ändå genom transaktionen bereds ekonomiska fördelar. Ingenting synes heller vara vunnet med att tillämpa generalklausulerna i stället för likhetsgrundsatsen i snäv mening på förtäckta (eller öppna) utdelningar. Fastmera medför otillbörlighetsrekvisitet ytterligare tillämpningssvårigheter.

Följaktligen sammanfaller i *huvudsak* tillämpningsområdet för likhetsgrundsatsen och generalklausulerna. Generalklausulerna kan emellertid bli tillämpliga när likhetsgrundsatsen på grund av bestämmelser (främst pluralitetsregler) i ABL (och eventuellt i bolagsordningen) saknar tilllämplighet. Likhetsgrundsatsen har å andra sidan ingen begränsning i form av ett otillbörlighetsrekvisit. (Jfr Pehrsons beskrivning av tillämpningsområdena i Generalklausuler i aktiebolagslagen, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund s. 500 – tillämpningsområdena kan "liknas vid två cirklar som till allra största delen, men inte helt, överlappar varandra" – vilken beskrivning såtillvida förefaller korrekt.)

Inom sitt tillämpningsområde skall likhetsgrundsatsen i snäv mening tillämpas strikt (och strängt). Såsom omtalats, är en terminologisk förutsättning härför, att likhetsgrundsatsen och generalklausulerna är två självständiga principer, visserligen med i huvudsak sammanfallande tillämpningsområde, och på så sätt alternativa principer, men också med självständiga funktioner; generalklausulerna kan förvisso sägas utgöra uttryck för en likabehandlingsprincip i vid mening, men i förevarande sammanhang är det viktigare att betona dess kompletterande funktion vid sidan av likhetsgrundsatsen i snäv mening. Med dessa utgångspunkter skall i det följande kort analyseras likhetsgrundsatsens och generalklausulernas närmare innebörd.

4. Särskilt om likhetsgrundsatsen

Likhetsgrundsatsen tar sikte på aktier i ett och samma bolag. Likabehandlingen skall avse rättigheter och skyldigheter på grund av aktierna. Undantag från likabehandling kan föreskrivas i ABL eller bolagsordningen. Eftersom likhetsgrundsatsen är dispositiv, kan aktieägarna själva avstå från att göra gällande likhetsgrundsatsen och även medge en olikabehandling. Vid tolkningen av likhetsgrundsatsen har Pehrsons uttalande (*op.cit.* s. 500 f.), att likhetsgrundsatsen inte skall tillämpas "så strängt", varit kontroversiell. (Se om kritiska synpunkter bl.a. Andersson s. 254, fotnot 435, Johansson s. 122 f., Åhman s. 797 f. med hänvisningar till uttalanden av såväl Nial som Rodhe.) Kritiken av denna tolkning har varit till stor del befogad om än inte alltid helt nyanserad. När kritiken uttrycks så t.ex., att den av Pehrson framförda tolkningen medför att likhetsgrundsatsen i själva verket nästan helt skjuts åt sidan (se Rodhe, Aktiebolagsrätt, 19 uppl. 2000 s. 245), efterlyses en koherent terminologisk grundanalys (Rodhe, *op. cit.* s. 245 förefaller t.ex. utgå ifrån att det föreligger identitet mellan likhetsgrundsatsen och generalklausulerna, men förkastar samtidigt förarbetsuttalanden om vad som är företagsekonomiskt riktigt och försvarligt).

Vid tillämpning av likhetsgrundsatsen – såsom skild från generalklausulerna – erfordras en sträng likabehandling, varvid en olikabehandling inte kan tillåtas motiveras av att beslutet – vid beslutstillfället – framstod som "företagsekonomiskt riktigt eller försvarligt". Likhetsgrundsatsen medger inte sådana hänsynstaganden, utan dessa får antas rymmas inom otillbörlighetsrekvisitet vid tillämpning av generalklausulerna. Det i själva verket exklusiva stödet för ståndpunkten, att likhetsgrundsatsen innefattar ett hänsynstagande till vad som är företagsekonomiskt riktigt och försvarligt, högstadomstolsavgörandet i NJA 1977 s. 393, medger vid en närmare granskning inte en sådan generell tolkning. Grunden till övertolkningen är Högsta domstolens uttalande i NJA 1977 s. 393 (s. 400), att "medlemmar inte får behandlas olika, med mindre detta är av sakliga skäl motiverat". I beaktande av tvisteföremålet i fallet – uteslutning av medlem grundad på föreskrifter i föreningens stadgar med hänsyn till att medlemmen inte fullgjort sina stadgeenliga

skyldigheter – kan högstadomstolsuttalandet ifråga närmast betecknas som en truism. Om flera medlemmar i föreningen brustit i sina skyldigheter att t.ex. erlägga sina stadgeenliga årsavgifter, saknas grund för olikabehandling. Det är ej heller, såsom Högsta domstolen uttryckte saken, "sakligt motiverat att i förevarande sammanhang göra skillnad mellan medlem, som uttryckligen omtalat att han ej tänker betala årsavgiften frivilligt, och medlem, som utan att höra av sig hos föreningen underlåtit att betala det ringa belopp som här är ifråga, trots att föreningen upprepade gånger krävt honom på beloppet". Sakligt sett var underlåtenheten således enligt Högsta domstolen densamma. Ej heller fann Högsta domstolen det sakligt motiverat att särbehandla en medlem på grund av att dennes betalningsvägran haft en provokativ karaktär, eller på den grunden att den ifrågavarande medlemmen icke själv bodde i sin bostadsrättslägenhet. Vad således Högsta domstolen i det citerade avsnittet ovan uttalade om sakliga skäl för olikabehandling innebär ingenting annat än att en av flera medlemmar i en förening kan uteslutas och således särbehandlas på grund av medlemmens underlåtenhet att fullgöra sina medlemsskyldigheter, till skillnad från andra medlemmar som fullgör desamma. Avgörandet ger inget som helst stöd för att likhetsgrundsatsen kan innefatta hänsynstaganden till företagsekonomiska överväganden. Härtill kommer att uteslutningsfrågorna är specifika för föreningar. (Dessutom fann Högsta domstolen i avgörandet, att grund saknades för uteslutning av medlemmen ifråga). Vid en tolkning av den likhetsgrundsats som skall tillämpas i aktiebolagsrätten lämpar sig problematiken kring uteslutning av medlemmar i föreningar inte särskilt väl som tolkningsdatum. Utan annat stöd bör följaktligen gälla, att likhetsgrundsatsen i snäv mening skall tillämpas strikt utan överväganden om vad som är för bolaget företagsekonomiskt riktigt och försvarligt.

Besvärligare är att avgöra, om likhetsgrundsatsen i snäv mening över huvud medger några *undantag*. Nial och Johansson har i denna fråga uttalat, att likhetsgrundsatsen inte kan gälla utan undantag, och i anslutning härtill föreslagit att avsteg skulle kunna ske när det är motiverat av sakliga skäl (med en hänvisning till NJA 1977 s. 393, se Svensk associationsrätt, 7:e uppl. s. 149). Såsom emellertid torde ha framgått ovan, uttalar Högsta domstolen inte i detta fall att avsteg kan ske från likhets-

grundsatsen. Högsta domstolen konstaterar endast det alltför självklara, att en *olikabehandling kan ske*, om det är av sakliga skäl motiverat. Detta är inget annat än en tillämpning av likhetsgrundsatsen, och inte ett *obiter dictum* om att undantag kan medges från likhetsgrundsatsen. Likhetsgrundsatsen förutsätter nämligen en olikabehandling när förhållandena är olika, och en likabehandling när förhållandena är identiska. Att olikabehandling av aktieägarna skall ske, om aktiebolagslagen eller bolagsordningen så föreskriver, om vissa aktieägare är närvarande på bolagsstämman medan andra är frånvarande, när en aktieägare väljer att avge sin röst, medan en annan förhåller sig passiv, när en aktieägare till skillnad från andra förvärvat aktierna för sent i förhållande till den tidpunkt som skall vara utslagsgivande för utdelning, när vissa aktieägare till skillnad från andra anmäler sitt intresse för inlösen vid hembud av aktier, etc. är lika uppenbar som att en likabehandling skall ske när förhållandena är genomgående identiska. Återigen skall således betonas, att NJA 1977 s. 393 saknar signifikans i den här diskuterade frågan, dvs. huruvida likhetsgrundsatsen tillåter undantag.

I ett försök till konkretisering utvecklar Nial och Johansson sin tes om *avsteg från likhetsgrundsatsen* sålunda, att avsteg endast bör medges "i de fall majoritetens intresse för ett avsteg är avsevärt mycket större än minoritetens intresse av att principen upprätthålls". Inte heller detta uttalande ger emellertid någon beaktansvärd vägledning om på vilka grunder avsteg från likhetsgrundsatsen kan ske. Till skillnad från Pehrsons förslag om företagsekonomiskt motiverade skäl för avsteg, framhåller Nial och Johansson "majoritetens intresse". Fantasin är emellertid otillräcklig för att skapa en föreställning om hur en sådan situation skall gestalta sig. Fråga kan självfallet ej vara om beslut som rör ekonomiska fördelar eller nackdelar, ej heller sådant som sammanhänger med utövandet av rösträtt. Det är nämligen i sådana fall svårt att inse varför majoritetens intresse för ett avsteg från likhetsgrundsatsen skulle vara avsevärt mycket större än minoritetens intresse av motsatsen. I ett annat sammanhang nämns ett exempel på undantag som rimligtvis "skall medges", utan att den nyss omtalade avstegsnormen blir tillämplig, nämligen när det gäller att "förankra en planerad emission hos en aktieägare med avgörande inflytande på stämman". (Se Nial och

Johansson, Svensk associationsrätt, 7 uppl. s. 148. Hänvisningen till Aktiebolagskommitténs betänkande SOU 1995:44 s. 183 f. i fotnot 39 i direkt anslutning till exemplet om undantag förefaller omotiverad; ingenting i betänkandet ger stöd för undantag från likhetsprincipen, om icke ett sådant stöd givits i ABL eller i bolagsordningen.) Det exemplifierade undantaget är alltför konturlöst för att kunna ge underlag för en diskussion om tillåtligheten härav.

Med en hänvisning till Nial föreslår Åhman (s. 798, i vilket sammanhang Nials utlåtande i Nobel-Gamlestaden-ärendet omnämns, se även Nobelutredningen s. 16 ff.), att undantag från likhetsgrundsatsen skulle kunna medges i syfte att avvärja en *allvarlig kris i bolaget*, när således bolagets bestånd hotas och krisen kan mötas genom en åtgärd som innebär en olikabehandling. En sak är givetvis att en minoritet av aktieägare kan finna det rationellt att efterge minoritetsskyddet i visst avseende för att rädda bolaget, särskilt om rationaliteten grundas i allmänetiska eller moraliska argument. Tvingande ekonomiska skäl kan ibland också skapa en medgörlig minoritet: En eventuell klandertalan kan under de givna förutsättningarna i praktiken vara kontraproduktiv (när bolaget är i konkurs, ersätts inte ens minoritetens rättegångskostnader). Påståendet att en minoritet av rättsliga skäl, dvs. med stöd av ett undantag från likhetsgrundsatsen, skulle tvingas att avstå från sina rättigheter, förefaller dock inte vara särskilt väl förankrat i rättskällorna. Härtill saknas i diskussionen besked om hur ett sådant avsteg från likhetsgrundsatsen skall utformas. Likhetsgrundsatsen synes härigenom belastas med ett *irrelevant otillbörlighetstänkande*.

Åhmans andra, självständigt föreslagna undantag (*op. cit.*), enligt vilket en bolagets åtgärd som medför, att samtliga aktieägare erhåller en fördel, dock att fördelarna är större för vissa aktieägare än för andra (utan att detta är förankrat i bolagsordningen), synes lika ogrundat. Återigen skall man från avstegsgrunderna skilja den situation där minoriteten av allehanda skäl medger undantag (se ovan). Om ett aktiebolag träffar avtal med utomstående part av innebörd, att motparten skall till aktiebolagets ägare ge förmåner mot ett vederlag som presteras av aktiebolaget, synes situationen bäst kunna karaktäriseras som en variant av förtäckt vinstutdelning. Enligt vad som framgår ovan skall här en sträng

tillämpning av likhetsgrundsatsen ske. Om aktieägarna tilldelas förmåner i olika utsträckning utan motsvarande motprestation från aktiebolaget, kan bolaget visserligen sägas ha gjort en god affär, så även bolagets ägare indirekt, men frågan, varför en sådan affär skulle legitimera en olikabehandling, är inte utredd. Åhman ger heller inga närmare anvisningar om hur den föreslagna undantagsregeln skall tillämpas.

Enligt min mening saknas skäl att göra undantag från likhetsgrundsatsen i snäv mening; verkligheten kan stundom gestalta sig så att undantag ändå kan medges på frivillig grund. Likhetsgrundsatsen skall tillämpas "strikt och utan modifikationer" (se uttalandet av Nial i Svensk associationsrätt, 4 uppl. s. 147, se även Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 22 ff.). Att sedan de omständigheter som föreslås föranleda undantag från likhetsgrundsatsen mycket väl kan påverka otillbörlighetsbedömningen enligt generalklausulerna, är en särskild fråga som behandlas i framställningen nedan.

5. Särskilt om generalklausulerna

Generalklausulerna i ABL 8:34, 1 st., och 9:37 är i princip likalydande i de centrala delarna. Enligt den förstnämnda bestämmelsen får inte styrelsen eller någon annan ställföreträdare för bolaget företa en rättshandling eller någon annan åtgärd med de föreskrivna effekterna. I ABL 9:37 stadgas på motsvarande sätt att bolagsstämman inte får fatta sådana beslut. Generalklausulerna täcker på så sätt in de skilda bolagsorganens fulla kompetensområde, och någon närmare definition av rättshandling, annan åtgärd eller beslut blir därigenom inte nödvändig. Vad än en styrelse eller annan ställföreträdare för bolaget företar sig inom sitt verksamhetsområde, som har de föreskrivna effekterna, eller vad än bolagsstämman beslutar med samma effekter, omfattas härmed i princip av generalklausulerna.

De mest centrala momentet i generalklausulerna – och måhända en immanent del av sådana lagbestämmelser – är otillbörlighetsrekvisitet. Av det skälet har generalklausulerna också erhållit beteckningen otillbörlighetsregeln (se Lindskog, Om aktiebolags anspråk på grund av

olovlig kapitalanvändning; särskilt om s.k. bristtäckningsansvar, SvJT 1992 s. 81, s. 85). Vid generalklausulernas tillkomst i samband med införandet av 1944 års aktiebolagslag kvalificerades bestämmelsen med ett uppenbarhetsrekvisit. Detta rekvisit kvarstod i Aktiebolagsutredningens lagförslag (se SOU 1971:15 s. 244). Vid departementsbehandlingen befanns emellertid en "lämplig avvägning av de motstående intressena" kunna uppnås genom att uppenbarhetsrekvisitet ersattes av ett otillbörlighetsrekvisit (se prop. 1973:93 s. 84). Samtidigt betonades från rättssäkerhetssynpunkt det olämpliga i att ge generalklausulerna ett "mycket vidsträckt tillämpningsområde"; det befanns vara av vikt att bolagsorganen kunde förutse de rättsliga effekterna av sitt handlande. Rekvisitskiftet var tvivelsutan avsedd och ägnad att vidga generalklausulernas tillämpningsområde på bekostnad av rättssäkerheten.

Otillbörligheten av en åtgärd är relaterad till den *fördel* som aktieägare eller annan vinner; denna fördel skall således vara otillbörlig. Av framställningen ovan har framgått, att likhetsgrundsatsen i snäv mening över huvud inte lämnar utrymme för olikabehandling av aktier (aktieägare), om detta inte undantagsvis medges av bestämmelse i ABL eller i bolagsordningen. Likhetsgrundsatsen omfattar därmed även *tillbörliga* fördelar. Generalklausulerna och otillbörlighetsrekvisitet vinner sin *huvudsakliga* tillämpning när likhetsgrundsatsen undantagsvis icke är tillämplig på grund av bestämmelser i ABL eller bolagsordningen och härutöver på sådana avtal eller andra rättshandlingar som formellt innebär en likabehandling av samtliga aktieägare men som reellt sett ger vissa aktieägare (eller andra) fördelar framför andra, förutsatt att fråga icke är om förtäckt vinstutdelning (vederlagsfri utbetalning). Av redovisningen ovan framgår att förtäckt vinstutdelning träffas av likhetsgrundsatsen och i princip inte skall underkastas en otillbörlighetsprövning.

Ett omdiskuterat tolkningsdatum är förarbetsuttalandet om att en åtgärd som är i bolagets intresse och som framstår som företagsekonomiskt riktig eller försvarlig inte kan ge upphov till otillbörliga fördelar i generalklausulernas mening (se prop. 1973:93 s. 137 och Ds Fi 1986:21 s. 31). Förarbetsuttalandet förefaller vara en "naturlig utgångspunkt" vid tolkningen av generalklausulerna (se Pehrson, *op. cit.* s. 491

och 493). Det sagda gäller självfallet endast otillbörlighetsrekvisitet i generalklausulerna. Att likhetsgrundsatsen i snäv mening inte kan kvalificeras av resonemang om vad som är företagsekonomiskt riktigt och försvarligt, har fastställts ovan. När denna "naturliga utgångspunkt" i lagförarbetena för tolkningen av otillbörlighetsrekvisitet ifrågasatts, har stundom föremålet för kritiken varit oklar. I den kritik som framförts av bl.a. Rodhe (se Aktiebolagsrätt, 19 uppl. 2000 s. 245) saknas t.ex. de grundläggande terminologiska förutsättningarna, och en tillräckligt klar avgränsning av likhetsgrundsatsen i snäv mening och generalklausulerna, för att läsaren skall kunna bilda sig en uppfattning av frågan, huruvida kritiken avser tolkningen av *såväl* likhetsgrundsatsen i snäv mening *som* otillbörlighetsrekvisitet i generalklausulerna. Det synes emellertid sannolikt, att när Rodhe avvisar ovan återgivna förarbetsuttalanden som tolkningsdatum, han primärt har i åtanke likhetsgrundsatsen i snäv mening och ovan diskuterade uttalande av Pehrson (*op. cit.* s. 500 f.) med hänvisning till NJA 1977 s. 393, att även likhetsgrundsatsen i snäv mening kan kvalificeras av vad som är företagsekonomiskt riktigt eller försvarligt.

I den mån Rodhes kritik *också* tar sikte på tolkningen av otillbörlighetsrekvisitet, framstår den dock som obefogad. Det är trots allt vid departementsbehandlingen som otillbörlighetsrekvisitet tillkommit och fyllts med visst innehåll av i propositionen utvecklad karaktär. Det är också härvid svårt att inse varför uttrycket "företagsekonomiskt riktig och försvarlig" skulle sakna mening, som Rodhe påstår, med hänvisning till att "företagsekonomin inte kan ge några normer". Det må vara hänt att företagsekonomin inte kan i sig själv ge upphov till rättsliga normer, men för dem som inom aktiebolagsrätten sysslat med tolkning av begrepp såsom "vederlagsfri utbetalning", "affärsmässigt betingat", "marknadsmässighet", etc. på samma sätt som inom skatterätten t.ex. termen "armlängds avstånd", kan knappast uttrycket "företagsekonomiskt riktig och försvarlig" vara helt förkastlig. Och för det fall otillbörlighetsrekvisitet i själva lagtexten hade kvalificerats med sagda uttryck, i stället för att uttrycket endast förekommit i ett förarbetsuttalande, hade med all säkerhet invändningar av nu aktuellt slag icke förekommit.

Mera distinkt är Nials kritik av strävandena att kvalificera *likhetsgrundsatsen* med företagsekonomiska argument (se Nial, Svensk associationsrätt, 4 uppl. s. 147 f. och 5 uppl. s. 142 ff.). Såvitt gäller likhetsgrundsatsen i *snäv* mening kan den inte kvalificeras av företagsekonomiska överväganden. Inom sitt bestämda område bör "likhetsprincipen tillämpas strikt, utan några modifikationer" (se Nial, *op. cit.* s. 142 och 147). Denna kritik avser emellertid uteslutande likhetsgrundsatsen i snäv mening och icke tolkningen av otillbörlighetsrekvisitet i generalklausulerna.

Det sistnämnda förhållandet synes helt ha förbisetts av Aktiebolagskommittén i betänkandet SOU 1995:44 (s. 183). Oklarheten kring föremålet för den kritik som förevarit har givit upphov till följande uttalande av Aktiebolagskommittén:

> "En omdiskuterad fråga i sammanhanget är vad som skall läggas i ordet 'otillbörlig'. I förarbetena till 1975 års ABL uttalas att en åtgärd som är i bolagets intresse och som framstår som företagsekonomiskt riktig eller försvarlig inte kan betecknas som otillbörlig, även om åtgärden innebär en avvikelse från likställighetsprincipen (prop. 1973:93 s. 84 och 137; jfr Pehrson s. 500 f.). Uttalandet har blivit hårt kritiserat i doktrinen (se Rodhe s. 247 och Nial s. 141 f.). Det har bl.a. anförts att företagsekonomin inte tillhandahåller några normer för vad som är riktigt eller försvarligt. Vidare är bolagets intresse detsamma som aktieägarnas gemensamma intresse. Att lösa en konflikt aktieägarna emellan med hänvisning till bolagets intresse går därför inte. Kommittén vill ge kritikerna rätt på denna punkt."

Aktiebolagskommittén förefaller således mena, att vid tillämpning och tolkning av otillbörlighetsrekvisitet det på grund av den enligt kommittén berättigade kritiken skall bortses ifrån det aktuella förarbetsuttalandet. Men om nu den ifrågavarande kritiken endast avser tolkningen av likhetsgrundsatsen i snäv mening, skall Aktiebolagskommitténs uttalande om tolkningen av otillbörlighetsrekvisitet betecknas som grundlöst. Mot det sagda kan naturligtvis invändas, att har kommittén en gång uttalat, att otillbörlighetsrekvisitet inte skall tolkas mot bakgrund av företagsekonomiska överväganden, är detta ett förarbetsuttalande så gott som något att lägga till grund för tolkningen av rekvisitet. Häremot

kan anföras, att förarbetsuttalandet om företagsekonomiska överväganden gjorts i en proposition i samband med tillkomsten av rekvisitet. Konstaterandet förstärks av att Aktiebolagskommittén vid utdömandet av de företagsekonomiska övervägandena underlåter att ge indikationer om andra utgångspunkter för tolkningen av otillbörlighetsrekvisitet.

Enligt min mening skall de företagsekonomiska övervägandena fortsatt vara en naturlig utgångspunkt vid tolkningen av otillbörlighetsrekvisitet. Därmed är inte sagt att sådana överväganden alltid *in casu* skall ges relevans. Jag är därför inte benägen att helt och fullt instämma i Pehrsons uttalande, att *endast* "åtgärder som inte är företagsekonomiskt riktiga eller försvarliga kan ... strida mot generalklausulerna" (*op. cit.* s. 493). Uttalandet är alltför kategoriskt. Det kan väl förutses åtgärder som i och för sig är företagsekonomiskt riktiga och försvarliga, men som i allt för hög grad gynnar vissa aktieägare på bekostnad av andra och därför är otillbörliga. I första rummet torde följande allmänna situationer kunna urskiljas.

Inom det för generalklausulerna *självständiga* tillämpningsområdet, där ABL eller bolagsordningen föreskriver undantag från likhetsgrundsatsen i snäv mening, kan de företagsekonomiska övervägandena förväntas få mindre betydelse. Om t.ex. bolagsstämman fattar beslut med iakttagande av de i ABL stipulerade pluralitetskraven, kan – låt vara i sällsynta fall – beslutet innebära otillbörliga fördelar för vissa aktieägare på bekostnad av andra i vad avser avkastning eller inflytande, trots att beslutet är företagsekonomiskt riktigt och försvarligt. Särskilt påfallande kan detta vara vid emissionsbeslut samt bolagets överlåtelse och förvärv av egna aktier, vilka beslut i företagsekonomiskt hänseende ofta ej kan ifrågasättas. Men också vid bolagsordningsändringar, där i enskilda fall ändringar kan leda till rubbad jämvikt i kritiska lägen, kan i vart fall beslutet härom icke betecknas som företagsekonomiskt oförsvarligt.

Inom det ytterligare tillämpningsområde för generalklausulerna som såväl Lagberedningen (SOU 1941:9 s. 302 f.), vid tillkomsten av 1944 års aktiebolagslag, som departementschefen (prop. 1973:93 s. 84 och 137), vid tillkomsten av 1975 års ABL, främst hade i åtanke, nämligen skilda typer av affärstransaktioner, rättshandlingar, etc. beslutade av

bolagsstämman eller vidtagna av styrelsen eller andra ställföreträdare, har de företagsekonomiska övervägandena säkerligen långt större relevans. Det är också vid sådana beslut eller åtgärder som "annan" än aktieägare främst kan tänkas vinna otillbörliga fördelar, i förstone sådan "annan" person som är en närstående fysisk eller juridisk person till aktieägare. Såsom framgått ovan, blir emellertid tillämpningsområdet för generalklausulerna även i denna situation relativt begränsad. Om en transaktion avsiktligt är helt eller delvis vederlagsfri – icke affärsmässigt betingad – till förmån för aktieägare eller annan (företrädesvis närstående till aktieägare), föreligger i regel en s.k. förtäckt vinstutdelning, och sådana transaktioner skall därför prövas enligt likhetsgrundsatsen i snäv mening. Det för generalklausulerna återstående tillämpningsområdet är sådana transaktioner som oavsiktligt är helt eller delvis vederlagsfria, eller sådana som inte betecknas som förtäckt vinstutdelning, t.ex. därför att värdediskrepansen prestationerna emellan i transaktionen icke är väsentlig.

Tillämpningsområdet kan följaktligen bestämmas till att vara transaktioner, åtgärder, etc., som innebär en formell likabehandling, där emellertid vissa aktieägare eller andra vinner reella fördelar, vilka icke kan kvalificeras utfalla såsom förtäckt vinstutdelning. I en sådan situation torde prövningen kunna utföras så, att om transaktionen är företagsekonomiskt riktig, skall den betecknas som tillbörlig. Det är från rättssäkerhetssynpunkt i högsta grad nödvändigt, att bolagets styrelse och andra ställföreträdare, liksom bolagsstämman, kan fatta beslut om och verkställa en åtgärd inom ramen för bolagets normala affärsverksamhet, utan att åtgärden sedermera befinns innebära ett befogenhetsöverskridande och ogiltig med hänsyn till att vissa aktieägare eller andra i realiteten vann fördelar av åtgärden, förutsatt att åtgärden ursprungligen var företagsekonomiskt riktig och försvarlig. En motsatt ståndpunkt skulle av ändamålsskäl vara orimlig, särskilt i beaktande av den bl.a. i förarbetena påtalade vikten av bolagsledningens frihet och rättssäkerhet, men också i omsättningens intresse och skyddet av tredje man (vilket emellertid främst tillgodoses genom att utrymmet för ond tro i förhandenvarande fall i praktiken är ytterst litet). Som en illustration av det sagda skall i det följande beröras den s.k. Nobel-garantin.

Nobel-garantin förekom i ett avtal av den 1 oktober 1990 mellan aktiebolagen Gamlestaden, Nobel och Yggdrasil samt ett konsortium av banker (det s.k. oktoberavtalet). Avtalet tillkom som ett led i ett flertal försök att förhindra att Gamlestaden försattes i konkurs. I avtalet åtog sig bankerna bl.a. att lämna Gamlestaden en omfattande kredit. I avtalets 9 § angavs "förutsättningarna för krediten" och vad som sedermera skulle visa sig vara en kontroversiell konsolideringsgaranti: Enligt 9 § d) åtog sig Nobel och Yggdrasil "solidariskt" att Gamlestaden-koncernen vid varje tidpunkt höll en viss i klausulen närmare stipulerad konsolideringsgrad. I anslutning till denna definition av konsolideringsgraden avtalades, att vid brist "i ovannämnda hänseende" ålåg det Nobel och Yggdrasil att "solidariskt tillskjuta ett belopp svarande mot bristen i form av aktieägartillskott eller förlagslån". (Om den närmare bakgrunden till oktoberavtalet och efterverkningar därav, se bl.a. den s.k. Nobelutredningen.) I den efterföljande, stundom hätska debatten om främst denna konsolideringsgaranti, dess giltighet och verkan, etc. i skilda memoranda, utlåtanden, etc. (se härom Nobelutredningen) avhandlades, såvitt är av intresse i förevarande sammanhang, också frågan om likhetsgrundsatsens och generalklausulernas tillämpning. Mot Rambergs, och enligt Rambergs uppgift, också Rodhes, uppfattning, att konsolideringsgarantin var ogiltig på grund av att den stod i strid med likhetsgrundsatsen och generalklausulerna, stod Nials och Walins diametralt motsatta ståndpunkt (se om denna giganternas i kamp i Nobelutredningen, men även Hellner, Nobelutredningen. Några reflektioner, JT 1992/93 s. 729 ff., särskilt 735 ff. samt Åhman s. 803 ff.).

Ägarförhållandena var vid tillkomsten av oktoberavtalet approximativt följande: Nobel ägde 48, 2 % och Yggdrasil 37,7 % av aktierna i Gamlestaden. Yggdrasil var delägare i Nobel och hade tillsammans med andra av Erik Penser kontrollerade bolag ca. 70 % av aktierna i Nobel.

Av dokumentationen (dvs. rapporter, utlåtanden, etc. av rättsvetenskapsmännen ifråga) framgår klart, att likhetsgrundsatsen i snäv mening över huvud icke är föremål för tillämpning eller diskussion. Vad som i aktiebolagsrättsligt hänseende sätts ifråga är uteslutande tillämpningen av generalklausulerna (och utlåningsbestämmelserna i ABL 12:7). Den centrala frågan var huruvida styrelsen eller andra ställföreträdare i

Nobel gjort sig skyldiga till brott mot den dåvarande motsvarigheten till generalklausulen i 8:34, 1 st. Rambergs slutsats var härvid att Nobels utfästelse enligt konsolideringsgarantin, att solidariskt svara tillsammans med Nobels huvudaktieägare, Yggdrasil, otillbörligt gynnade Yggdrasil. Enligt Nial och Walin förekom däremot inget otillbörligt gynnande.

En allmän grund för otillbörlighetsbedömningen får anses vara, att denna skall till sin utgångspunkt ta förutsättningarna vid transaktionens tillkomst, dvs. i förevarande fall tidpunkten för oktoberavtalets tecknande. Det kan härvid t.ex. hållas för sannolikt, att samtliga parter (inklusive bankkonsortiet) vid tidpunkten ifråga utgick ifrån, eller åtminstone levde i tron (eller möjligen endast i förhoppningen), att den räddningsaktion som manifesterades i oktoberavtalet skulle eliminera konkurshotet. Trots allt var samtliga parters insatser höga för uppnåendet av detta syfte. En annan allmän iakttagelse är, att för det fall Nobel ensamt och självständigt hade utfärdat konsolideringsgarantin (vilken i det följande antas ha varit rättsligt bindande), dvs. utan Yggdrasils solidariska medverkan, utlåningsförbuden i ABL 12:7 icke kunde ha blivit tillämpliga. Aktiebolagsrättsligt hade förmånstagarna av garantin varit Gamlestaden, vilket bolag, såvitt är bekant, icke tillhörde den förbjudna kretsen enligt utlåningsförbudet ifråga. (Även om så skulle ha varit fallet, skulle garantin sannolikt varit undantagen såsom varande kommersiell.) Det förhållandet att Yggdrasil solidariskt hade att svara tillsammans med Nobel, kunde inte öka möjligheterna att tillämpa utlåningsförbuden. Påståendet att Yggdrasil i egenskap av aktieägare i Nobel aktiebolagsrättsligt skulle ha varit förmånstagare av garantin, vilket förhållande därigenom skulle utlösa en tillämpning av ABL 12:7 1 st. jämfört med 5 st., är enligt min mening ytterst långsökt i beaktande av att Yggdrasil endast i egenskap av aktieägare i Gamlestaden hade fördel av Gamlestadens upptagande av krediter av bankkonsortiet. Konsolideringsgarantin i den faktiskt utförda formen föll helt enkelt utanför tillämpningsområdet för utlåningsförbuden.

Av större intresse i förevarande sammanhang är om konsolideringsgarantin i Nobels perspektiv kunde kvalificeras som en vederlagsfri utbetalning och förtäckt vinstutdelning till Yggdrasil. En sådan slutsats

torde vara utesluten redan av det skälet, att Nobels ställföreträdare knappast kan ha avsett att konsolideringsgarantin skulle utgöra en förtäckt vinstutdelning till Yggdrasil i egenskap av aktieägare i Nobel. Bortsett ifrån detta, skall vid vederlagsfrihetsprövningen beaktas förutsättningarna vid transaktionens tillkomst. Med hänsyn till att konsolideringsgarantin innebar en utfästelse, att vid konsolideringsbrist lämna ett aktieägartillskott (villkorat eller ovillkorat) eller förlagslån, och att bankkonsortiets motprestation var omfattande krediter till Gamlestaden, får det anses vara förenat med betydande svårigheter att kvalificera garantin som förtäckt vinstutdelning till Yggdrasil i egenskap av aktieägare i såväl Nobel som Gamlestaden. Av avgörande betydelse är att Nobel med 48,2 % av aktierna i Gamlestaden hade ett avsevärt eget och självständigt intresse i att utfärda konsolideringsgarantin mot de omfattande krediterna av bankkonsortiet. Slutsatsvis förefaller det enligt min mening uteslutet att beteckna Nobels del i konsolideringsgarantin som en vederlagsfri utbetalning eller förtäckt vinstutdelning direkt eller indirekt till Yggdrasil, särskilt som Yggdrasil självt hade att solidariskt svara enligt garantin (låt vara under förmodade knappa, ekonomiska omständigheter).

Vid en tillämpning slutligen, av generalklausulen i ABL 8:34, 1 st., bör först utredas, huruvida Yggdrasil hade en fördel av Nobels delansvar i konsolideringsgarantin på bekostnad av Nobel självt eller Nobels övriga aktieägare. Om alternativet hade varit att Yggdrasil ensamt skulle svara för konsolideringsgarantin, får givetvis Nobels medverkan ses som en fördel för Yggdrasil och en nackdel för Nobel och dess aktieägare. Det solidariska ansvaret, i synnerhet den slutliga fördelningen Nobel och Yggdrasil emellan, får anses vara ägnat att avlasta Yggdrasil. Det förda resonemanget blir emellertid helt hypotetiskt i beaktande av att i praktiken bankkonsortiet icke var berett att acceptera Yggdrasil som ensam garant. Den i generalklausulen föreskrivna fördelen respektive nackdelen skall i någon mening vara förankrad i de faktiska förhållandena och dessutom vara sannolik. Om det antas, vilket gjordes gällande i de efterföljande diskussionerna, att Yggdrasil led av ekonomiska svårigheter vid tillkomsten av konsolideringsgarantin, kan bankerna inte ha fäst något större avseende vid Yggdrasils medverkan i konsoli-

deringsgarantin, eftersom ett betalningsansvar ändå inte kunde slutligt realiseras. Under sådana förhållanden skall Nobels medverkan ha varit en *nödvändig förutsättning* för oktoberavtalet och bankkonsortiets kreditgivning. Om antagandet om Yggdrasils ekonomiska svårigheter vid tidpunkten ifråga är riktigt, kan möjligen påstås att Yggdrasil icke hade något att förlora på sin egen medverkan i konsolideringsgarantin, men desto mer att vinna på Nobels medverkan (i den slutliga, inbördes fördelningen mellan Yggdrasil och Nobel vid ett infriande av garantin från Nobels sida skulle emellertid Yggdrasils aktier i Gamlestaden kunna tas i anspråk). I denna, *indirekta* mening kan sägas att Yggdrasil hade en fördel av Nobels medverkan i konsolideringsgarantin.

När det sedan gäller otillbörlighetsbedömningen måste, såsom ovan påtalats, Nobels självständiga intresse i konsolideringsgarantin och uppgörelsen med bankkonsortiet beaktas samt frågan ställas, huruvida konsolideringsgarantin för Nobels vidkommande var företagsekonomiskt försvarlig och riktig. Otillbörlighetsbedömningen skall emellertid inte avgränsas till de företagsekonomiska övervägandena och bolagets eget intresse av transaktionen, utan mot sådana överväganden skall vägas de minoritetsskyddsaspekter som generalklausulerna avser att tillvarata. Således gäller att även om konsolideringsgarantin var företagsekonomiskt riktig och försvarlig, och utfärdades i Nobels intresse, den trots allt kunde vara otillbörlig, om minoriteten i alltför hög utsträckning missgynnades. En sådan situation hade legat nära till hands om t.ex. Yggdrasil hade varit ett ekonomiskt solitt företag men inte medverkat i konsolideringsgarantin, utan i kraft av sin ställning och tillsammans med andra, till Nobel närstående företag tillsett, att Nobel ensamt utfärdade konsolideringsgarantin.

Mot bakgrund av *att* det med största sannolikhet var orealistiskt att vid tidpunkten för utfärdandet av konsolideringsgarantin kräva delat i stället för solidariskt ansvar, *att* Yggdrasil *sannolikt* levde under ekonomiska svårigheter, *att* den slutliga, inbördes fördelningen av ansvaret enligt garantin mellan Nobel och Yggdrasil (om nu Yggdrasil hade kunnat fullgöra sina regresskyldigheter) troligen hade fördelats enligt ägandet i Gamlestaden, *att* Nobel ägde 48,2 % av aktierna i Gamlestaden, *att* bankkonsortiets motprestation var betydande, *att* parterna får antas ha

levt i tron och förhoppningen om att Gamlestaden genom räddningsplanen skulle överleva, *att* alternativet var att försätta Gamlestaden i konkurs, *att* fråga var om att – med Nials ord i diskussionen – i görligaste mån undanröja en allvarlig kris, *att* risken för skada vid Gamlestadens konkurs för Nobel och dess aktieägare vid tidpunkten i fråga säkerligen fick betecknas som påtagligare än de risker som konsolideringsgarantin medförde för Nobels vidkommande *samt att* Yggdrasils fördel av Nobels medverkan i konsolideringsgarantin, om denna sedermera utlöstes, fick betraktas som högst momentan i beaktande av Yggdrasils ekonomiska svårigheter och regresskyldigheter vis a vis Nobel, kan jag inte finna annat än att konsolideringsgarantin var en *tillbörlig* åtgärd. Den nu gjorda avvägningen skall jämföras med motsvarigheten i Rambergs bedömning i delrapporten av den 27 januari 1992 (s. 13), nämligen att det på grund av konsolideringsgarantins solidariska ansvar fick "anses otillbörligt" att Yggdrasil "fick åka snålskjuts" på Nobels åtagande. Några andra överväganden förekom – såvitt är bekant – över huvud inte. Istället gjordes en hänvisning till att Rodhe var av samma uppfattning (s. 14 f.). Med en sådan argumentationsmetod fästs större avseende vid auktoritetstron än vid argumentets innehåll (jfr Hellner i JT 1992/93 s. 429 ff.). I Rambergs slutrapport av den 16 mars 1992 (s. 35 ff.) utvecklas inte argumentationen mer än obetydligt.

Otillbörlighetsbedömningen bör således enligt min mening vara allsidig; alla relevanta aspekter som har med aktiebolaget och dess ifrågasatta åtgärd att skaffa, innefattande företagsekonomiska överväganden, bolagets eget intresse, minoritetsskyddet, tendenser av makt- eller majoritetsmissbruk, illojala transaktioner och förfaranden, skall vägas mot varandra. Otillbörlighetsbedömningen skall också innefatta frågan, huruvida åtgärden ligger inom ramen för bolagets normala affärsområde och det i bolagsordningen föreskrivna föremålet för bolagets verksamhet.

Konsolideringsgarantin i den s.k. nobelaffären utgör en mycket god illustration på hur en sådan avvägning bör ske. Rodhes mycket uppmärksammade kritik av Pehrsons uttalande i 1987 års Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, att om en åtgärd var företagsekonomiskt riktig och försvarlig, var den också tillbörlig enligt generalklausulerna, är följ-

aktligen endast delvis riktig. Sedan Rodhe väl framfört sin kritik, fortsatte diskussionen om likhetsgrundsatsen och generalklausulerna, men avstannade samtidigt i princip helt analysen om otillbörlighetsrekvisitets innebörd. Avståndstagandet från de företagsekonomiska överväganden som en del i otillbörlighetsbedömningen blev så distinkt, att utvecklingen av rekvisitets innehåll så gott som helt upphörde. Representanterna för den aktiebolagsrättsliga doktrinen synes mer ha bemödat sig om att ange, vad otillbörlighetsbedömningen inte skall innebära (dvs. inte företagsekonomiska överväganden) än att försöka undersöka rekvisitets avsedda eller ändamålsenliga innebörd. När t.ex. Johansson (s. 124 ff.) i en genomgång av generalklausulen (för bolagsstämman) inledningsvis konstaterar, att den närmare innebörden av otillbörlighetsrekvisitet "är osäker", vidtar inte ett förväntat försök till analys av rekvisitets innehåll. Även Andersson (s. 247 ff.) avstår (trots en lång utredning om likhetsgrundsatsen och generalklausulerna med omfattande komparativa utblickar och historiska tillbakablickar, till synes påverkad av den av Rodhe framförda kritiken) från försök att fylla otillbörlighetsrekvisitet med ett begripligt innehåll. Blott i en fotnot (s. 254, fotnot 435) och mera i förbigående ges beskedet, att det inte är "rimligt att likhetsprincipen alltid och i alla situationer skall upprätthållas lika strängt utan hänsyn till sakliga skäl" (med en hänvisning till Nial, Svensk associationsrätt s.144 f.). Till detta läggs följande: "Vad som nu anförts gäller emellertid än mer vid tillämpningen av rekvisitet 'otillbörlig' i generalklausulerna än vid tillämpning av likhetsprincipen. Vad som överhuvudtaget är nödvändigt är dock att 'sakliga skäl' blott får motivera avsteg när så kan ske utan att det åsyftade skyddet för aktieägarna (i huvudsak minoritetsaktieägare), vilket är utgångspunkten och presumtionsvis väger tyngre, i nämnvärd utsträckning talar häremot". Bortsett från att hänvisningen till vad som "nu anförts" i kontexten är oklar (den kan avse såväl likhetsgrundsatsens stränga upprätthållande, vilket tidigare omtalats i fotnoten, som möjligheten till avsteg härifrån), förtydligas otillbörlighetsrekvisitet endast såtillvida att det hänvisas till "sakliga skäl". Åhman (s. 800 ff.) genomför en relativt lång (6 sidor), och i långa stycken värdefull utredning av otillbörlighetsrekvisitet. Endast till mycket ringa del utgör emellertid utredningen ett försök att

ge rekvisitet ett materiellt innehåll, utan återigen präglas framställningen av ett undvikande av ställningstagande i främst frågan om de företagsekonomiska övervägandena. Det sägs bl.a. att "Rodhes synpunkt är viktig", men huruvida den är *riktig,* framgår icke. Däremot framhålls med hänvisning till vad Nial uttalat i frågan, att syftet att med en åtgärd avvärja en allvarlig kris talar för att åtgärden är tillbörlig (förmodligen förutsatt att en allvarlig kris faktiskt också är för handen). Att sådana förhållanden inte kan vara helt avgörande vid otillbörlighetsbedömningen har påtalats ovan.

Det står således enligt min mening klart, att otillbörlighetsbedömningen skall innebära ett hänsynstagande till företagsekonomiska överväganden, bolagets eget intresse, frågan, huruvida en åtgärd är affärsmässig eller inte, och allehanda bolags- och transaktionsorienterade, ekonomiska faktorer. (Jfr diskussionen ovan om konsolideringsgarantin.). Dessa faktorer skall vägas mot värdet av en reell och indirekt likabehandling, minoritetsskyddet, samt allmänetiska synpunkter på majoritetens förfarande. (Vid formell eller direkt olikabehandling är, som ovan angivits, likhetsgrundsatsen i snäv mening tillämplig.) Saken kan måhända också uttryckas så, att en reell och indirekt olikabehandling kan vara tillbörlig, om starka företagsekonomiska och affärsmässiga skäl talar härför, förutsatt att den grundläggande åtgärden inte kan uppfattas som illojal eller ett uttryck för maktmissbruk och att därför olikabehandlingen genomförts mera för att tillskansa aktieägare fördelar än att för att tillvarata bolagets affärsmässiga intressen. Såvitt gäller etiska, och främst affärsetiska överväganden, har Pehrson (*op. cit.* s. 497) uttalat, att det inte har någon "avgörande betydelse om åtgärden är etiskt eller moraliskt oförsvarlig". Till detta kan sägas, att utgångspunkten om likabehandling av alla aktieägare är rättsligt, men också etiskt, grundad. Detsamma gäller de principer som skyddar en minoritet mot majoritetens övriga förfaranden. Ett huvudsyfte med generalklausulerna, såsom det uppfattades vid klausulernas tillkomst, var att förhindra missbruk av en majoritetsställning (se SOU 1971:15 s. 245, prop. 1973:93 s. 84). Pehrsons ovan citerade slutsats grundas på två argument: För det första innefattar inte generalklausulerna ett subjektivt rekvisit (se SOU 1942:9 s. 304). För det andra är otillbörligheten i generalklausulerna knuten till

en fördel och inte till själva åtgärden som sådan. Det är riktigt att otillbörlighetsrekvisitet inte innehåller ett subjektivt moment. Otillbörlighetsbedömningen är objektivt grundad. Konstaterandet att en åtgärd är ett uttryck för maktmissbruk eller illojalt beteende erfordrar emellertid inte att ett subjektivt rekvisit uppfylls. Redan avsaknaden av andra godtagbara skäl för en viss åtgärd, företrädesvis av företagsekonomisk eller affärsmässig natur, kan vara tillfyllest för att ge konturer av majoritetsmissbruk, när resultatet är en reell olikabehandling. Å andra sidan skulle också kunna hävdas, att om ett ont uppsåt att ge vissa aktieägare fördelar t.ex. i samband med en riktad nyemission framträder, såtillvida att avsikten med en nyemission är att åstadkomma en försvagning av minoritetens ställning (så att denna t.ex. underskrider 10 % av aktierna), syftet säkerligen kan komma att vägas in i otillbörlighetsbedömningen och ge de företagsekonomiska övervägandena ett reducerat värde. Det andra argumentet, att otillbörligheten är knuten till en fördel och icke till åtgärden, är heller icke övertygande. En fördel kan mycket väl vara otillbörlig på grund av det sätt på vilket fördelen vinns, dvs. på grund av den åtgärd som vidtagits. (Det karakteristiska för s.k. otillbörlig eller obehörig vinst är just att vinsten tillkommit på ett otillbörligt sätt, jfr Åhman s. 800 f.). Otillbörligheten kan således grundas på dels det sätt på vilken en viss fördel uppkommit, dels resultatet av en viss åtgärd. Om en fördel dessutom varit direkt åsyftad (med uppsåt eller avsikt), förstärks grunden för otillbörlighet. Såvitt gäller såväl sättet (eller metoden) som resultatet av en åtgärd är det tillräckligt att åtgärden medför *risk* för en otillbörlig fördel för vissa aktieägare på bekostnad av bolaget eller andra aktieägare. Tidigare kom detta förhållande till uttryck i lagtexten med ordet "ägnad", vilket förmedlade just inställningen att själva risken, typiskt sett, eller den sannolika följden (jfr Åhman s. 800) av en åtgärd var avgörande, och icke det slutliga, faktiska resultatet. Numera uttrycks samma sak med ordet "kan", dvs. att en åtgärd "kan" ge en otillbörlig fördel, etc. Fråga är om en objektiv bedömning av de typiska konsekvenserna eller följdverkningarna av en viss åtgärd (vilket i och för sig inrymmer ett iakttagande av adekvat kausalitet mellan åtgärden och effekterna, jfr Pehrson, *op. cit.* s. 499).

Slutligen skall frågan, huruvida en åtgärd varit till nackdel för bolaget eller andra aktieägare också ske enligt en objektiv bedömning. En sådan bedömning får anses utesluta ett beaktande av subjektiva och personligt orienterade preferenser, som icke kan värderas i ekonomiska eller demokratiska termer. Det bör också observeras, att en fördel för vissa aktieägare inte med automatik behöver leda till en nackdel för bolaget eller andra aktieägare. En åtgärd kan t.ex. innebära att samtliga berörda parter blir vinnare, men att en mindre grupp aktieägare vinner mer än andra. I absoluta termer har samtliga vunnit fördelar, men i relativa termer har vissa aktieägare missgynnats i förhållande till andra, vilket i sig kan innebära en nackdel i ekonomiskt hänseende eller såvitt gäller inflytandet i bolaget; en "nackdel" kan således vara såväl absolut som relativ.

Det kan slutligen antecknas, att med "annan", som kan vinna otillbörlig fördel av en åtgärd, torde i första hand avses närstående fysiska eller juridiska personer till aktieägare, men subsidiärt kan inte uteslutas att sådan person kan vara på annat sätt relaterad till aktieägare (t.ex. goda vänner eller deras företag), men sådana situationer torde i praktiken vara sällsynta.

6. Information till aktieägarna

Likhetsgrundsatsen borde innebära, att aktieägarna i ett bolag har lika rätt till information från bolagsledningen om bolagets verksamhet och övriga förhållanden. Om styrelsens och den verkställande direktörens upplysningsplikt vid bolagsstämma stadgas i ABL 9:22. Vid bolagsstämman skall styrelsen och den verkställande direktören lämna upplysningar om förhållanden som kan inverka på bedömningen av ett ärende på dagordningen, företrädesvis såvitt gäller bolagets ekonomiska situation. För publika bolag och koncernbolag gäller särskilda regler. Om styrelsen finner att en upplysning som har begärts inte kan lämnas till aktieägarna utan väsentlig skada för bolaget, föreskrivs ett särskilt förfarande i ABL 9:23. Av ABL 9:24 följer att i aktiebolag med högst tio aktieägare är upplysningsplikten mer omfattande än i aktiebolag med

fler än tio aktieägare. En i det närmaste obegränsad upplysningsplikt torde föreligga i aktiebolag med endast en ägare.

Frånsett stadgandet i ABL 9:24 om rätt för aktieägare i bolag med högst tio aktieägare att ta del av bolagets böcker och andra handlingar, m.m. saknas i ABL bestämmelser om upplysningsplikt och information *utanför* bolagsstämman. Av intresse i förevarande sammanhang är främst likhetsgrundsatsens tillämpning vid bolagsledningens information till aktieägare utanför bolagsstämman. Såsom eljest skall utgångspunkten vara att aktieägarna skall behandlas lika. När styrelsen eller den verkställande direktören lämnar information till en aktieägare om bolagets verksamhet, räkenskaper, förestående affärstransaktioner, emissioner, etc. utan iakttagande av likhetsgrundsatsen, kan förfarandet oftast betecknas som klandervärt, men skall också ses i perspektivet av de remedier som står till förfogande för de aktieägare som inte erhållit likvärdig information. Allt som oftast utmynnar inte informationsgivningen i någon rättshandling, vars giltighet kan sättas ifråga. För det fall en överträdelse av likhetsgrundsatsen skall kvalificeras som ett befogenhetsöverskridande, leder sålunda inte en sådan slutsats till en ogiltighet av en rättshandling på grund därav. Alternativet för de diskriminerade aktieägarna är att vid bolagsstämma rösta emot ansvarsfrihet och eventuellt väcka skadeståndstalan mot de ifrågavarande bolagsfunktionärerna. Även om i ett sådant sammanhang olikabehandlingen av aktieägarna kan visas utgöra såväl en oaktsamhet som en överträdelse av ABL (dvs. likhetsgrundsatsen), får i allmänhet antas uppkomma stora svårigheter att påvisa en reell skada av olikabehandlingen. Vid allvarligare diskriminering i samband med informationsgivning reduceras de förbigångna aktieägarnas remedium ofta till ett framförande av kritik på bolagsstämman. För det fall däremot bolaget skadas av att styrelsen eller den verkställande direktören till vissa aktieägare lämnar information om förestående transaktioner, är givetvis förutsättningarna för en skadeståndstalan helt andra.

Ett exempel som nämns av Nial (Svensk associationsrätt, 5 uppl. s. 144 f.) är styrelsens sondering inför en förestående nyemission, fusion eller liknande om möjligheterna att få ett godkännande av bolagsstämman för genomförandet av transaktionen, varvid styrelsen vänder sig till

de större aktieägarna för att efterhöra, om förutsättningar för ett sådant godkännande föreligger. I vissa fall kan förekomma, att avtal innefattande emissionsgarantier tecknas med några av de dominerande aktieägarna. I ett aktiebolag med stor ägarspridning kan ett sådant förfarande ofta visa sig vara lämpligt och effektivt. Förutsatt att bolaget inte lider skada av en sådan sondering som ett led i förberedelsearbetet, förefaller det ofta vara svårt att identifiera en skada eller en rättshandling i informationsgivningen som kan leda till ogiltighet. Även om en sträng tillämpning av likhetsgrundsatsen ger vid handen, att denna överträtts, står de diskriminerade aktieägarna utan andra remedier än möjligheten att i ett eller annat sammanhang framföra kritik för ett enligt deras mening klandervärt beteende. Utgången blir densamma vid en tillämpning av generalklausulen i 8:34, 1 st. Det nu nämnda resultatet, att det ofta saknas sanktioner för aktieägarna vid olikabehandling i informationshänseende, överensstämmer också med Nials "naturliga tolkning" av likhetsgrundsatsen, nämligen att den avser att skydda aktiernas likställighet beträffande "de ekonomiska rättigheter och förvaltningsbefogenheter som lagen eller bolagsordningen anknyter till aktierna och som därför aktieägarna vid sina aktieförvärv haft att anledning att räkna med" (se Nial, *op.cit.* s. 144). Det är naturligtvis inte uteslutet, att de aktieägare som erhåller förhandsinformation därigenom tillskansar sig fördelar genom att vidta allehanda dispositioner. För det fall dispositionerna undantagsvis leder till nackdelar för bolaget eller andra aktieägare, kan generalklausulen i ABL 8:34, 1 st., bli tillämplig. En tillämpning av generalklausulen kan emellertid knappast resultera i ogiltighet av dispositionerna, men stundom i en skadeståndsskyldighet för styrelseledamöter eller verkställande direktör mot bolaget eller de missgynnade aktieägarna.

7. Sanktioner

Om ett bolagsstämmobeslut strider mot likhetsgrundsatsen i snäv mening eller generalklausulen i ABL 9:37, är det ogiltigt och kan klandras enligt reglerna i ABL 9:39–40. Ogiltigheten är av sådant slag att

klanderfristen är tre månader från dagen för beslutet (se ABL 9:40). För det fall bolagets styrelse eller andra ställföreträdare vidtar en åtgärd som strider mot likhetsgrundsatsen eller generalklausulen i 8:34, 1 st., är fråga om ett befogenhetsöverskridande enligt ABL 8:35, 2 st. En förutsättning för att befogenhetsöverskridandet skall leda till ogiltighet är att bolaget visar, att motparten insåg eller bort inse att åtgärden stred mot likhetsgrundsatsen i snäv mening eller generalklausulen. Med generalklausulernas inneboende vaghet kan föreställas, att bevisbördan i många fall kan bli svår att uppfylla. Mot detta kan anföras, att motparten i fall av misstänkt otillbörlighet eller olikabehandling ofta får antas ha goda insikter om åtgärdens konsekvenser sedda i perspektivet av likhetsgrundsatsen i snäv mening och generalklausulerna. Bevisbördan för att en åtgärd innebär en otillbörlig fördel eller att den strider mot likhetsgrundsatsen i snäv mening åvilar den som så påstår. Det säger sig självt att det oftast är förenat med mindre svårigheter att uppfylla bevisbördan vid överträdelse av likhetsgrundsatsen än när förenligheten med generalklausulerna sätts ifråga.

VII. Klander av bolagsstämmobeslut

1. Allmänt

Klander av bolagsstämmobeslut regleras i ABL 9:39–41, ävensom i ABL 14:30. Ett bolagsstämmobeslut som inte tillkommit i behörig ordning eller på annat sätt strider mot aktiebolagslagen, årsredovisningslagen eller bolagsordningen kan klandras. Klander innebär att talan skall föras i domstol mot bolaget om att beslutet skall upphävas eller ändras. Taleberättigade är aktieägare, styrelsen, styrelseledamot eller den verkställande direktören. Den tid inom vilken talan skall väckas, den s.k. klanderfristen, föreskrivs enligt huvudregeln vara tre månader räknat från dagen för bolagsstämmobeslutet. Avser talan beslut om fusionsplan är klanderfristen enligt ABL 14:30 sex månader.Talerätten preskriberas därefter. I vissa fall är emellertid klanderfristen förlängd, när besluten strider mot tvingande regler eller fundamentala formella krav. Dessa fall specificeras i ABL 9:40, 2 st.

De gällande klanderbestämmelserna har överförts i princip ordagrant till *Lagförslaget.*

I det praktiska rättslivet får klander av bolagsstämmobeslut sägas vara en sällsynt företeelse. Klanderbestämmelserna har emellertid en betydande preventiv funktion. Själva risken för klander gör att styrelsen (när den lämnar förslag till bolagsstämman) och aktieägarna nogsamt undviker att aktualisera frågor som – teoretiskt – kan leda till klander. Ej sällan handläggs dessutom klandermöjligheten som en minoritetsägares påtryckningsåtgärd för att åstadkomma ett förmånligt pris vid för-

säljning av aktierna till majoriteten eller i annat liknande syfte. Konsekvenserna av en framgångsrik klandertalan kan också vara allvarliga för ett aktiebolag, i synnerhet om klander på grund av den förlängda klanderfristen sker lång tid efter beslutet. Om t.ex. ett beslut om nyemission upphävs ett par år efter beslutsdagen på grund av fundamentala formella brister, kan upphävandet få förödande konsekvenser för bolaget. Aktiemarknadsbolag torde ytterst ogärna låta sig exponeras för en klanderrisk.

Följaktligen har klanderbestämmelserna direkt eller indirekt stor praktisk betydelse. Samtidigt visar erfarenheten, att tillämpningen och tolkningen av klanderbestämmelserna kringgärdas av stor osäkerhet. I den aktiebolagsrättsliga doktrinen har alltsedan Nials monografi, "Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut", från 1934 analysen av bestämmelserna varit översiktlig. I skilda kommentarer till ABL har behandlingen varit knapphändig och förarbetena till ABL har alltsedan 1944 års lag varit relativt intetsägande. I det enda vetenskapliga verk i ämnet som publicerats därefter, nämligen Svante Johanssons "Bolagsstämma", har klanderbestämmelserna endast givits en ytlig och knapphändig behandling av huvudsakligen deskriptiv karaktär. Det finns således återigen skäl att analysera några av de mera praktiskt betydelsefulla problemområdena vid klander, häribland förutsättningarna för klander och ogiltigförklaring av bolagsstämmobeslut, samt frågan om vilka beslut som är föremål för förlängd klanderfrist och hur lång denna klanderfrist skall vara (evig eller inte).

2. Det klanderbara bolagsstämmobeslutet

Klanderbart enligt ABL 9:39–40 och 14:30 är endast ett *bolagsstämmobeslut*. Beslut av andra bolagsorgan, eller av aktieägarna utanför bolagsstämman, kan inte klandras i den ordning som föreskrivs i ABL. Fråga skall således vara om ett beslut som har fattats på bolagsstämma. Om annat inte stadgats i aktiebolagslagen om pluralitet i förhållande till det totala antalet aktier eller röster, är det tillräckligt att en enda aktieägare är närvarande och fattar beslut på bolagsstämman, vilket följer av sig

självt, när ett aktiebolag ägs av en enda person. Ett beslut kan följaktligen av naturliga skäl icke anses ha fattats vid en bolagsstämma, om inga aktieägare (i egen person eller genom ombud) är närvarande. En annan förutsättning är att fråga är om beslut; bolagsstämman skall ha *fattat* ett beslut. Följaktligen kan inte allmänna yttranden eller uttalanden, förslag utan beslut eller diskussionspunkter bli föremål för klander. Till och med i de fall där aktieägare uttalat sig kritiskt om t.ex. styrelseledamöter, verkställande direktör eller andra aktieägare, stundom kanske kryddat med påståenden om ekonomisk brottslighet, m.m., kan sådana uttalanden inte klandras i den föreskrivna ordningen. Endast om det sagda leder till beslut med – företrädesvis – rättsliga följder, ger bestämmelserna rätt till klander. Nyssnämnda förhållande hindrar givetvis inte att andra rättsliga åtgärder kan aktualiseras beträffande uttalanden, yttranden, etc. (t.ex. anmälan till åtal för förtal eller ärekränkning).

Frågan, huruvida *beslut* fattats vid bolagsstämma, skall avgöras uteslutande med utgångspunkt i de faktiska förhållandena. Det naturliga är att det som framgår av kallelsen och dagordningen, och sedermera under stämmoordförandens ledning avhandlas, leder till ett beslut och betraktas som sådant. För den händelse ordföranden t.ex. missuppfattat situationen, främst såvitt gäller frågan, huruvida ett eller annat förslag erhållit erforderligt antal röster, skall självfallet de faktiska förhållandena vara utslagsgivande, och icke ordförandens subjektiva tolkning härav. En annan sak är att svårigheter kan föreligga i bevishänseende om vilket beslut som faktiskt har fattats. Har ordförandens uppfattning kommit till uttryck i ett protokoll, som dessutom justerats, torde det ofta vara svårt att i efterhand visa, att ordförandens och den i protokollet formulerade uppfattningen om beslutsläget icke korresponderade med de verkliga förhållandena. Visserligen står klart, att protokollet icke har en konstituerande verkan, utan endast utgör ett bevismedel bland andra om förekomsten av ett visst beslut, men ett protokoll som dessutom justerats har i praktiken tillmätts en avsevärd bevisverkan. Det sagda utesluter inte att ännu starkare motbevisning kan förekomma i form av en majoritet av de på den ifrågavarande bolagsstämman närvarande aktieägarna. För att en korrigering skall kunna ske, och de verkliga förhållandena bli utslagsgivande, får förutsättas, att de förfördelade aktieä-

garna ges rätt att i sista hand väcka talan härom i domstol, t.ex. genom klander. Och en klandertalan förutsätter i sin tur, att det som protokollförts, och uppfattats av stämmoordföranden, utgör ett beslut, i vart fall ett beslut i negativ riktning, t.ex. ett beslut att icke antaga ett förslag. Även sådana *negativa beslut*, att icke besluta i enlighet med ett förslag eller liknande, måste således kvalificeras som beslut. Att en sådan klandertalan får föras enligt gällande rätt framgår indirekt av ABL 9:41, 2 st., enligt vilket rätten får ändra bolagsstämmans beslut, om det kan fastställas vilket innehåll beslutet rätteligen borde ha haft. Kan sålunda inom ramen för en klandertalan visas, att bolagsstämmans beslut borde ha varit i enlighet med ett eller annat förslag, och icke t.ex. ett negativt beslut, med hänsyn taget till de faktiska majoritetsförhållandena, kan en allmän domstol ändra på beslutet och fylla detta med det innehåll det *borde* givits,.

Ett tvivel kan stundom uppkomma i frågan om det som förekommit verkligen varit en *bolagsstämma*. Eftersom endast bolagsstämmobeslut kan klandras, skulle den invändningen kunna göras i ett domstolsförfarande att klandertalan måste avvisas med hänsyn till att beslutet inte fattats av bolagsstämman. Till stöd för en sådan invändning skulle kunna åberopas vad Nial uttalat i ovannämnda monografi (s. 61), nämligen att när åsidosättandet av en kallelseföreskrift "haft till följd att aktieägare, trots iakttagande av normal omsorg, hållits i okunnighet om stämman, bör denna icke anses såsom en giltig bolagsstämma och i följd därav böra de däråa fattade besluten icke erkännas som bolagsstämmobeslut". Nial nämner även andra situationer där bolagsstämmobeslut diskvalificeras som sådana, t.ex. när vissa aktieägare icke bereds tillträde till bolagsstämman (*op. cit.* s. 62). Om inte de ifrågavarande besluten erkänns som bolagsstämmobeslut, föreligger i princip icke klanderrätt enligt ABL 9:39. Samtidigt kan besluten redan ha effektuerats. Att låta en definition av begreppet bolagsstämmobeslut bli avgörande för klanderrätten på sätt som Nial förespråkat förefaller emellertid föga praktiskt. Rimligare vore att ge begreppet en mycket vid mening, innefattande i princip *allt som har anspråk på att utgöra bolagsstämmobeslut*, för att därigenom i största möjliga mån möjliggöra klander på formella grunder. Alla beslut av bolagsstämman som protokolleras som sådana,

eller som av ett eller annat bolagsorgan eller grupp av aktieägare förutsetts vara bolagsstämmobeslut, skall således vara klanderbara. Beaktas bör härvid uttalandet av Nial (*op. cit.* s. 57): "Ur terminologisk synpunkt torde det emellertid vara lämpligt att använda uttrycket bolagsstämmobeslut på sådana viljeyttringar, som till syfte och form framträda som bolagsstämmobeslut, även om de normala verkningarna av ett bolagsstämmobeslut icke skulle uppnås". Även i det fallet där en minoritet av aktieägarna utan kallelse sammanträder för att besluta i vissa frågor, skall sådana beslut kunna klandras, om minoriteten gör gällande att besluten fattats på bolagsstämma. Såsom har framgått i ett tidigare sammanhang, har de allra flesta svenska aktiebolag endast ett fåtal delägare. Med en liten krets av aktieägare tenderar ej sällan de formella bestämmelserna kring en bolagsstämma att ges en underordnad betydelse. Ofta upprättas bolagsstämmoprotokoll utan att en bolagsstämma i formell mening hållits. Formella kallelser enligt ABL är i sådana bolag sällsynta. En ordning i enlighet härmed orsakar inga svårigheter så länge aktieägarna verkar i konsensus. I konfliktsituationer kan emellertid de formella bestämmelserna få en helt annan betydelse. Härvid är det viktigt att klandervägen hålls öppen, och särskilt att begreppet bolagsstämmobeslut ges en vid innebörd vid prövningen av klanderrätten.

Om nu klanderrätten är avhängig av frågan, huruvida det som förekommit skall betecknas som ett bolagsstämmobeslut eller inte, kan visserligen mot det sagda anföras, att även rättens beslut att *avvisa* klandertalan på grund av att bolagsstämmobeslut ej föreligger kan vara av värde för den som väckt klandertalan; av avvisningsbeslutet framgår ju att något bolagsstämmobeslut icke är för handen. Den taleberättigade är emellertid säkerligen mer intresserad av att domstolen förklarar, att bolagsstämmobeslutet är ogiltigt på grund av att formerna för en bolagsstämma icke iakttagits. Det finns all anledning att antaga, att det är detta resultat som Nial efterlyser (*op. cit.* s. 61 f.) när han uttalar, att vissa beslut icke bör "erkännas som bolagsstämmobeslut". För begreppet "beslut" kvarstår dock problematiken med talerätten. Det förefaller uteslutet att en domstol kan ogiltigförklara en företeelse som icke ens utgör ett beslut av en bolagsstämma. (Se dock SOU 1941:9 s. 556: Föreligger tvivel om huruvida en viss sammankomst utgör en bolagsstämma eller

inte, kan talan om fastställelse av att sammankomsten ej är bolagsstämma "utan tidsbegränsning" föras enligt allmänna bestämmelser om fastställelsetalan. Jfr SOU 1971:15 s. 245.) Allt som oftast framgår av ett bolagsstämmoprotokoll att beslut har fattats av bolagsstämma. I avsaknad av protokoll (och protokollet är som sagt inte konstituerande för beslutet), kan emellertid tvivel uppkomma om vad som egentligen inträffat. Det får härvid förutsättas, att i samband med klander någon har gjort anspråk på att ett bolagsstämmobeslut föreligger, eljest aktualiseras knappast klander. (Observeras bör också betydelsen av att bolagsstämma faktiskt hållits vid tillämpningen av preskriptionsbestämmelserna i ABL 15:10–13, men även bestämmelserna om tvångslikvidation i ABL 13:12–19 och utdelningsbestämmelserna i ABL 12:2.)

Det förhållandet att en bolagsstämma i beslut handlat utanför området för sin kompetens utgör icke en formell avvisningsgrund, utan en materiell grund för att ogiltigförklara beslutet, t.ex. därför att beslutet inte tillkommit i "behörig ordning" eller eljest strider mot aktiebolagslagen eller bolagsordningen. Fråga är ju trots allt om ett bolagsstämmobeslut, som på materiella grunder är klanderbart.

3. Klandergrunderna

Klandergrunderna är av såväl formell som materiell natur. I formellt hänseende stadgas främst i ABL 9 kap. omfattande ordningsregler för bolagsstämman, bl.a. om rätten att delta i bolagsstämman, rösträtt, upprättande av röstlängd, dagordning, etc. De materiella klandergrunderna utgörs främst av borgenärsskyddsreglerna, vissa andra tvingande regler till skydd för bl.a. aktieinvesterare samt olika bestämmelser till skydd för minoriteten, t.ex. likhetsgrundsatsen och generalklausulen samt jävsbestämmelserna och föreskrifterna i bolagsordningen. Härtill skall fogas den särskilda klandergrunden i ABL 14:30. De allmänna klandergrunderna regleras i ABL 9:39: Klanderbara är bolagsstämmobeslut som inte "tillkommit i behörig ordning eller på annat sätt strider mot denna lag, tilllämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen". Härutöver specificeras vissa klandergrunder i ABL 9:40, 2 st., som ger

en förlängd klanderfrist. Formuleringen av klandergrunderna har sitt ursprung i 1895 års aktiebolagslag (39 §). I de följande aktiebolagslagarna har vissa justeringar skett. Så t.ex. inskränktes den enligt 1895 års lag gällande klanderrätten på grund av att beslutet stred mot lag eller författning till "denna lag", dvs. aktiebolagslagen, och utvidgades sedermera klanderrätten till att också avse beslut i strid med årsredovisningslagen.

Vad gäller *samtliga* klandergrunder kan inledningsvis fastslås följande.

1. Frågan om skadligheten av ett bolagsstämmobeslut för bolaget, aktieägare eller annan saknar relevans. Vad som skall prövas är strikt om beslutet är i överensstämmelse med ABL, årsredovisningslagen och bolagsordningen, och om beslutet tillkommit i "behörig ordning".
2. Beslutet skall stå i strid med föreskrift eller bestämmelse i ABL, årsredovisningslagen eller bolagsordningen, såsom dessa föreskrifter eller bestämmelser uttolkats i rättspraxis, doktrinen eller i förarbetena. Det får med Nial (s. 22) antagas, att den bestämmelse eller föreskrift som åberopas till stöd för klandertalan icke måste vara uttrycklig i alla delar. Det sagda gäller i synnerhet likhetsgrundsatsen, generalklausulerna och föreskrifterna i bolagsordningen om verksamhetens föremål och ändamål.
3. Beslutet skall avse det aktiebolag i vilket bolagsstämman är beslutande organ (jfr Nial s. 22). Huruvida sedan distinktionen mellan bolaget i denna egenskap och bolaget såsom aktieägare i ett annat bolag kan upprätthållas fullt ut är oklart. Med Nial (s. 22) får återigen antagas, att ett beslut på bolagsstämma i aktiebolaget A om att på bolagsstämma i aktiebolaget B i egenskap av majoritetsägare rösta för att bolagsstämman därvid skall besluta om att bryta mot en borgenärs- eller minoritetsskyddsregel, knappast kan leda till ogiltigförklaring av det förstnämnda bolagsstämmobeslutet efter klander.
4. När en allmän domstol bifaller en klandertalan, genom att ett bolagsstämmobeslut ogiltigförklaras (upphävs) eller ändras, blir

domen allmängiltig för bolaget och samtliga dess aktieägare (se ABL 9:4, 1 st.).

En tidigare vedertagen och konsekvent upprätthållen distinktion mellan nullitets- och klandertalan – beroende på vilken klandergrund som åberopades – i svensk rätt synes numera i princip ha övergivits. Visserligen kan de klandergrunder som regleras i ABL 9:40, 2 st., betecknas som nullitetsgrunder med hänvisning till att för dessa icke gäller den sedvanliga klanderpreskriptionen. Distinktionen och begreppet "nullitet" är emellertid icke nödvändig, låt vara att den fyller en viss pedagogisk funktion. I lagstiftningssammanhang har också nullitetsbegreppet utmönstrats till förmån för begreppet "klander" över hela linjen. Den nu gällande distinktionen avser allmänna klandergrunder, för vilka stadgas en tremånaders klanderfrist (eller sex månader enligt 14:30), och de specifika klandergrunderna i ABL 9:40, 2 st., med förlängd klanderfrist. Bolagsstämmobeslut i strid med tvingande regler (se ABL 9:40, 2 st. 1 p.) får emellertid anses inta en särställning. Sådana beslut är i allmänhet ogiltiga oberoende av om de klandras eller inte (jfr Nials terminologi s. 70 "obotligt ogiltiga beslut"). En annan sak är att de dessutom på talan av aktieägare, styrelsen, styrelseledamot eller verkställande direktör kan av domstol förklaras vara ogiltiga. Såsom skall framgå nedan, måste klanderfristen beträffande dessa beslut antas vara evig. Såvitt gäller de två övriga, specifika klandergrunderna med förlängd klanderfrist i ABL 9:40, 2 st., punkterna 2 och 3, är situationen emellertid en annan. Fråga är om sådana förhållanden som aktieägarna disponerar över, dvs. inom ramen för det dispositiva rättsområdet i ABL. I dessa fall, när samtycke till bolagsstämmobeslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och något sådant samtycke inte har getts, eller när kallelse till bolagsstämman inte har skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen har eftersatts, får förutsättas att endast klander kan leda till ogiltighet av bolagsstämmobeslut. I dess fall kan, såsom skall visas nedan, klanderfristen ej heller vara evig.

Det ovan skisserade synsättet om nullitet och klander gjorde sig gällande vid införandet av 1944 års aktiebolagslag (se SOU 1941:9 s. 554 ff. Se även motiven till 1895 års lag, 1890 års kommittébetänkande

s. 119 f., NJA 1890 II nr. 3 s. 89 f.). I det fall ett bolagsstämmobeslut kränkte tredje mans rätt, var bolagsstämmobeslutet, oavsett om talan anhängiggjorts däremot eller icke, ogiltigt, en nullitet. Nullitet förelåg när beslutet stod i strid med sådana bestämmelser i aktiebolagslagen eller bolagsordningen, som avsåg skydd för bolagsborgenärs eller annan tredje mans rätt. Detta förhållande förhindrade emellertid inte att styrelsen för bolagets räkning, eller aktieägare, kunde föra talan om fastställelse av att beslutet var ogiltigt såsom varande i strid med t.ex. en borgenärsskyddsregel. I Lagberedningens förslag gjordes skillnad mellan sådana fel som endast berörde aktieägarnas rätt inom det dispositiva området, och sådana som stod i strid med tvingande regler. För den förra kategorin av bolagsstämmobeslut skulle enligt förslaget gälla en särskild klanderfrist om tre månader, vilken klanderfrist dock utsträcktes till sex månader i vissa fall när felet var av beskaffenhet att medföra "särskild fara för att aktieägare förbiser beslutet". De fall för vilka en utsträckning av klandertiden till sex månader föreslogs var tre. Det första fallet var det där i lag eller i bolagsordningen meddelade föreskrifter om sättet för utfärdande av kallelse till bolagsstämma väsentligen eftersatts. Det andra fallet var att till avgörande på bolagsstämma företagits ärende i strid med bestämmelserna om ärendes upptagande i kallelse till stämma. Det tredje fallet av förlängd klanderfrist var, att bolagsstämmans beslut icke riktigt upptagits i protokollet för stämman. Sålunda föreslogs två skilda klanderfrister om tre eller sex månader, och därutöver bestämmelser om nullitetsfallen utan klanderpreskription.

I den slutliga utformningen av 1944 års aktiebolagslag i propositionen frångicks emellertid förslaget om skilda preskriptionsfrister. I 1944 års lag (138 §) kvarstod endast en tremånaders klanderfrist avseende samtliga bolagsstämmobeslut som inte tillkommit i behörig ordning eller eljest kränkte allenast aktieägares rätt. Därmed var förutsatt att de s.k. nullitetsfallen icke var underkastade en klanderpreskription. Den gällande ordningen för klander tillkom vid införandet av 1975 års ABL

Motsvarigheterna till de specifika klandergrunder som upptagits i ABL 9:40, 2 st., benämns i lagförarbetena (SOU 1971:15 s. 247) som "nullitetsfallen". Lagstiftarens avsikt har varit, att i stället för att lista klandergrunderna, i allmänna ordalag beskriva de beslut som karaktäri-

seras som "nulliteter". Det problematiska i ett sådant förfarande har emellertid varit att de genuina nullitetsfallen (beslut i strid med tvingande regler) blandas med beslut inom ramen för det dispositiva rättsområdet, vars nullitetsverkan är diskutabel. Såsom skall framgå nedan, visar sig svårigheten främst i fastställandet av den förlängda klanderfristen. Å ena sidan kan knappast ifrågasättas, att beträffande de rena nullitetsfallen, dvs. beslut i strid med tvingande regler, sådana beslut inte kan ha verkan t.ex. mot bolagets borgenärer, oavsett om och när beslutet klandras eller icke. Om de taleberättigade ges en evig klanderfrist, går egentligen ingenting förlorat, eftersom beslutet ändå inte kan gälla mot bolagets borgenärer. Vad som däremot kan vinnas med en evig klanderfrist är en viss klarhet i bolagets rättsförhållanden vis a vis t.ex. borgenärerna. Till de s.k. nullitetsfallen räknas emellertid *härutöver också* följande bolagsstämmobeslut.

1. Beslut i strid med tvingande regler beträffande bolagets organisation, såsom organens sammansättning samt deras befogenheter och skyldigheter, m.m.
2. Beslut som enligt ABL eller bolagsordningen kräver samtycke av alla eller vissa aktieägare, och sådant samtycke ej givits.
3. Beslut i fall där kallelse till stämman ej skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen eftersatts.

Innebörden av dessa klandergrunder är något oklar. Utfyllnaden av klandergrunderna är tänkt att vara "en uppgift för rättstillämpning och doktrin" (se SOU 1971:15 s. 247). Ett kvarts sekel efter det att bestämmelserna trädde ikraft har så gott som ingenting tillförts genom rättspraxis och doktrin för en ökad förståelse av bestämmelserna. Oklarheten synes leda till att klandertalan på sådana grunder som i och för sig kan vara täckta av de specifika klandergrunderna realiter anhängiggörs inom den allmänna klanderfristen om tre månader.

4. ABL 9:40, 1 p.: Beslut i strid med tvingande bestämmelser

4.1 Allmänt om tvingande och dispositiva bestämmelser

Vad först gäller bolagsstämmobeslut som strider mot tvingande regler är det närmast axiomatiskt, att sådana beslut inte kan vinna giltighet endast därför att aktieägarna underlåter att klandra desamma. Själva kvintessensen i t.ex. borgenärsskyddet är att aktieägarna inte disponerar över detta, ej heller genom klanderunderlåtelse. Det vore eljest en enkel sak för aktieägarna att kringgå borgenärsskyddsreglerna genom att fatta beslut i strid mot dessa och sedan avvakta klanderfristens utgång. Här är således fråga om ett genuint nullitetsfall, där underlåtelse att klandra – oavsett klanderfristens längd – ej är ägnad att lindra nulliteten. (Beträffande nullitetsfallen, se SOU 1971:15 s. 247. Jfr Nial s. 69: "Nullitet bör sålunda inträda endast i vissa fall när beslutet till sitt *innehåll* är rättsstridigt, närmare bestämt när det strider mot en rättsregel, som är tvingande på det sättet att den icke får åsidosättas ens med alla aktieägares samtycke.")

Till de tvingande reglerna hör i första hand, som bekant, de bestämmelser i ABL som har tillkommit för att upprätthålla skyddet av aktiebolagets bundna kapital (borgenärsskydd). Såsom exempel härpå kan nämnas bestämmelserna om advokataktiebolag (ABL 1:1, 2 st.), minimikapital (ABL 1:3, 2 st.), uppskjuten apport (ABL 2:9 a–c), kvittningsförbudet (ABL 2:10), inbetalning av aktiekapitalet (ABL 2:12), avsättning till överkursfond vid bolagsbildning, underkursförbudet (ABL 2:2 och 4:1, 3 st. och 5:1, 3 st.), kvittningsförbudet vid nyemission (ABL 4:11 och 5:13), betalning av aktier vid nyemission (ABL 4:13 och 5:14, 2 st.), avsättning till överkursfond vid nyemission (ABL 4:13 a), nedsättning av aktiekapitalet (ABL 6 kap.), förvärv och överlåtelse av egna aktier (ABL 7 kap.), vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom (inkl. utlåning, ABL 12 kap.), tvångslikvidation (ABL 13 kap.), fusion (ABL 14 kap.), och straffbestämmelserna (ABL 19 kap.).

Härutöver finns emellertid en rad bestämmelser i ABL som är tvingande av andra skäl än att primärt skydda borgenärerna. Det kan här röra

sig om fundamentala ordningsbestämmelser till skydd för aktieägare eller en aktieköpande allmänhet. Så t.ex. finns i ABL 4 och 5 kap. en rad ordningsbestämmelser om nyemission av aktier och andra värdepapper, vars iakttagande är nödvändigt för att bolaget slutgiltigt skall kunna få nyemissionen registrerad; om registrering vägras på grund av underlåtenhet att följa ordningsbestämmelserna, får beslutet om nyemission ingen verkan. Detsamma gäller en rad ordningsbestämmelser vid bildandet av ett aktiebolag enligt ABL 2 kap. Liknande ordningsbestämmelser finns i ABL 14 kap. om fusion (se bl.a. om fusionsplan i ABL 14:9). I detta sammanhang bör också uppmärksammas ABL 9:35, enligt vilken bestämmelse ett beslut om ändring av bolagsordningen skall anmälas för registrering och inte får verkställas förrän registrering har skett (utom i fall som avses i ABL 18:6.)

Det sagda ligger också i linje med vad som stadgas i ABL 18:4 om registreringshinder. Emellertid finns i 2 st. av den nämnda bestämmelsen det undantaget föreskrivet, att registrering av ett bolagsstämmobeslut skall kunna ske, om rätten till talan mot beslutet går förlorad på grund av underlåtenhet att klandra beslutet enligt ABL 9:40, 1 st. Undantagets räckvidd är oklar. I förarbetena till bestämmelsen i ABL 18:4 (närmast i SOU 1971:15 s. 390 ff., där det ursprungliga lagförslaget föreligger), ges ringa vägledning. Vad som däri uttalas av relevans är att om bolagsstämmans beslut, som anmälts för registrering, visat sig strida mot lag eller författning, eller mot bolagsordningen, skall beslutet ej registreras. Beslutet kan dock bli gällande genom att klandertalan ej väckts, även om det tillkommit på formellt felaktigt sätt eller dess innehåll strider mot aktiebolagslagen eller bolagsordningen. (Se motsvarigheten till ABL 18:4 i *Lagförslaget* 24:7, med ett närmast identiskt innehåll.)

En tolkning av ABL 18:4 mot bakgrund av ABL 9:40 ger vid handen, att undantaget uteslutande kan avse andra grunder för klander än de specifika klandergrunderna, och att de i ABL 18:4 indikerade registreringshindren icke kan läkas på grund av underlåtenhet att klandra ett bolagsstämmobeslut, när klandergrunden är av sådan specifik, i ABL 9:40 föreskriven natur. När bolagsstämmobeslutet strider t.ex. mot tvingande borgenärsskyddsregler, kan därför registreringshindret ej läkas, varför

undantaget ej heller kan bli tillämpligt. Slutsatsen ger emellertid inget besked om hur ordningsbestämmelserna i t.ex. 2, 4 och 5 kap. skall behandlas i här aktuellt hänseende.

Registreringsbestämmelsen i ABL 18:4 ger följaktligen ingen vägledning vid identifieringen av de tvingande ordningsbestämmelserna i ABL. Bestämmelsen innebär endast att *om* anmälan om registrering avser en åtgärd som står i strid med en tvingande bestämmelse, skall registreringen vägras, alltmedan registrering av bolagsstämmobeslut kan ske efter utgången av klanderfristen om tre månader, trots att åtgärden strider mot en dispositiv bestämmelse. I själva verket blir på så sätt registreringsförfarandet beroende av att kategoriseringen av bestämmelser som tvingande eller dispositiva är tydlig. Till den kategori av *tvingande* bestämmelser, som primärt *icke* syftar till att skydda bolagets borgenärer, får förmodligen räknas följande.

1. I ABL 1:4 stadgas förbud för privata aktiebolag att genom annonsering eller på annat sätt avsätta värdepapper på aktiemarknaden. Förbudet är straffsanktionerat i ABL 19:1, 1 p.
2. Ordningsbestämmelserna i ABL 2 kap. om aktiebolagets bildande är till stor del av tvingande karaktär i den meningen, att bolagets rättsliga ställning är avhängigt av att ordningsbestämmelserna iakttas. Oavsett formen för bolagsbildningen (ordinärt, successivt bildande eller simultanbildning) måste t.ex. bestämmelserna i ABL 2:1–3 om stiftare och stiftelseurkund, liksom i ABL 2:4 om bolagsordningens innehåll, ABL 2:5 om aktieteckning vid bolagsbildning och de följande bestämmelserna om konstituerande stämma följas. De blivande ägarna av vad som så småningom skall bli ett registrerat aktiebolag disponerar inte över dessa ordningsbestämmelser före bolagets registrering. Bestämmelserna i ABL 2:9–10 om inbetalning av aktiekapitalet, uppskjuten apport och kvittningsförbudet tillhör emellertid de tvingande *borgenärsskyddsreglerna*. Detsamma gäller bestämmelserna i ABL 2:12–13.
3. I ABL 3 kap. om aktier, aktiebrev, aktiebok, etc. återfinns flera bestämmelser som är av tvingande karaktär, utan att primärt skydda bolagsborgenärerna. Hit får med all säkerhet räknas föreskriften

om röstvärdesdifferens i ABL 3:1, 5 st., med den modifikation som följer av övergångsbestämmelserna till 1975 års ABL. En nära anknytning till sagda bestämmelse har principen om att med aktie följer rösträtt, samt principen om akties odelbarhet (även betecknad som "splittingsförbudet"), dvs. att rösträtten icke kan avskiljas från äganderätten till aktierna. En pantsättning av en aktie kan därför icke innebära att panthavaren ges rösträtten. Vidare kan den principen som kommer till uttryck i ABL 3:2 om en akties fria överlåtbarhet sägas vara tvingande i här aktuell mening, med det undantag som stadgas i ABL 3:3 om s.k. hembudsklausuler, m.m. I *Lagförslaget* har undantagen utökats till att omfatta såväl samtyckes- som förköpsförbehåll (se Lagförslaget 3:7–12 och 3:13–17, utöver det sedvanliga förbehållet om hembud i 3:18–21.). Inskränkningar kan också förekomma "eljest" på grund av lag. En annan sak är sedan att ett aktieägaravtal, som icke binder bolaget, kan innehålla ytterligare inskränkningar av principen om fri överlåtbarhet. Ordningsbestämmelserna i ABL 3:4–5 om aktiebrevets och interimsbevisets utformning får säkerligen också betecknas som tvingande i här angiven mening, låt vara att aktiebrev överhuvudtaget icke utfärdas i många enmans- och fåmansbolag. För avstämningsbolag får avstämningsförbehållet enligt ABL 3:8 ses som en tvingande förutsättning. Detsamma gäller avskaffandet av avstämningsförbehållet och skyddet av panthavare i stadgandets sista stycke.

4. I samtliga de bolag där bolagsstämman har *exklusiv kompetens* (behörighet) att fatta beslut enligt ABL är det självfallet fundamentalt tvingande, att fråga är om bolagsstämmobeslut och icke beslut av annat bolagsorgan eller utanförstående person. Det förhållandet att bolagsstämman har en exklusiv kompetens i ett flertal aktiebolagsrättsliga frågor som rör t.ex. den konstituerande stämman, nyemissioner, nedsättning av aktiekapital, ändring av bolagsordning, vinstutdelning, likvidation, fusion, ansvarsfrihet och skadeståndstalan mot bolagets företrädare, etc. syftar icke primärt att skydda bolagsborgenärerna utan till att upprätthålla *aktiebolagets organisation*. Endast i de fall där i ABL uttryckligen medgivits rätt för bolagsstämman att delegera beslutsfattandet till i förekommande

fall styrelsen, möjliggörs undantag från exklusiviteten. (Se härom bestämmelserna om nyemission i ABL 4:14–15 och 5:7–8 och om förvärv av bolagets egna aktier i 7:15).

5. Det 4 och 5 kap. i ABL om emission av aktier och andra värdepapper innehåller en blandning av dispositiva och tvingande bestämmelser. De tvingande lagrummen däri syftar primärt antingen till att skydda bolagsborgenärerna eller de blivande aktieägarna (aktietecknare eller aktieförvärvare) eller möjligen en kombination härav. Till bestämmelserna har knutits, som vanligt är i ABL, registreringskrav, vilka återfinns i ABL 18 kap., särskilt ABL 18:4, (och ABF 6–13 §§). Det är givetvis av största vikt att det föreligger kongruens mellan de nyssnämnda bestämmelserna och klanderreglerna i ABL 9:39–40. Så t.ex. är förutsatt i ABL 18:4, att PRV skall vägra registrera ett bolagsstämmobeslut som strider mot tvingande bestämmelser, men skall samtidigt sakna anledning att vägra registrering av ett bolagsstämmobeslut som endast står i strid med dispositiva bestämmelser. Ett rimligt fullgörande av PRV:s uppgifter härutinnan förutsätter, att distinktionen mellan tvingande och dispositiva bestämmelser är klar och att ABF:s särskilda föreskrifter harmonierar med distinktionen. I det följande skall med utgångspunkt i ABL 4 kap. undersökas i vilken utsträckning så är fallet.

4.2 Om tvingande och dispositiva bestämmelser vid emissioner

Utgångspunkten är att en lång rad bolagsstämmobeslut inte är verksamma förrän de registrerats. Härutöver kan nämnas, att vissa bolagsstämmobeslut, särskilt om ändring av bolagsordningen, överhuvudtaget icke kan verkställas förrän registrering skett (se ABL 9:35). För ökning av aktiekapitalet genom nyemission av aktier förutsätts enligt ABL 4:12, 3 st., registrering av beslutet för att detta skall få effekt. Vid registreringen har PRV att bevaka att bolagsstämmobeslutet är förenligt med företrädesvis de tvingande bestämmelserna i ABL 4 kap. Bland dessa tvingande bestämmelser kan urskiljas följande.

1. *Beslutet* skall ha tillkommit i behörig ordning, dvs. det skall vara fråga om ett bolagsstämmobeslut eller i enlighet med ABL 4:14–15 ett beslut av *styrelsen* på grund av bolagsstämmans bemyndigande. Av ABF 7 § 1 p. följer att en anmälan för registrering skall inkludera avskrift av protokoll med emissionsbeslutet (jfr 2 st. samma stadgande och 9 §). Vad som i ABL 9 kap. och i 4:4 föreskrivits om kallelse till bolagsstämma, information, m.m. till aktieägare tillhör det dispositiva rättsområdet. PRV torde i princip sakna grund att undersöka formerna för bolagsstämman närmare och vägra registrering i anledning av formfel, utan skall endast se till bolagsstämmobeslutets *innehåll*. De krav på beslutets innehåll som uppställts i ABL 4:5 tillhör det tvingande rättsområdet; de avser primärt att skydda aktietecknare, blivande aktieägare och bolagsborgenärerna.
2. Synsättet skall vara detsamma i vad avser dokumentationen enligt ABL 4:6, dvs. *styrelsens redogörelse* och *revisorns yttrande* vid apport- och kvittningsemission. I ABL 4:6, 2 st. hänvisas till ABL 2:3, 3–5 st., med närmare bestämmelser om apport, apportavtal, etc. Dessa bestämmelser är också tvingande. Sanktionen är ogiltighet (se ABL 2:3, 5 st.). Härutöver kan andra sanktioner, t.ex. skadestånd, aktualiseras. Föreskrifterna om redogörelsens och yttrandets förekomst och innehåll är tvingande, och det ingår också i PRV:s uppgifter enligt ABF 7 §, 2 och 3 p. att tillse, att en anmälan för registrering innefattar sådan dokumentation (så ock apportavtal, m.m.). Det krav på tillgänglighet för aktieägarna av den ifrågavarande dokumentationen som gäller enligt ABL 4:4 är emellertid dispositivt. PRV har ej heller ålagts några skyldigheter i detta hänseende.
3. I ABL 4:7 stadgas skyldighet för avstämningsbolag att *kungöra* nyemissionsbeslutet helt eller delvis. En anmälan för registrering av beslutet skall enligt ABF 7 §, 4 p. innefatta ett exemplar av varje tidning, i vilken kungörelse om beslutet varit införd. De skyldigheter som här föreskrivs för avstämningsbolag och PRV avser inte primärt att upprätthålla borgenärsskyddet, utan skyddet av blivande aktieägare. Den information som genom kungörelsen lämnas till personer utanför den befintliga aktieägarkretsen skall vara korrekt,

givetvis för att aktietecknaren rätt skall kunna bedöma förutsättningarna för aktieägandet. Möjligen kan kungörelsen betecknas som en sådan fundamental del av kallelseförfarandet, vars eftersättande enligt ABL 9:40, 3 p., kan leda till en förlängd klanderfrist. Det sagda skulle också kunna motivera PRV:s skyldighet ifråga om kungörelsen. I aktiebolag som ej är avstämningsbolag erfordras inte en kungörelse, om samtliga aktieägare varit företrädda vid den bolagsstämma som beslutat om emissionen (se ABL 4:7). Denna undantagsbestämmelse antyder att kungörelsen inte har det ovan påstådda ändamålet, att skydda aktietecknare som ej är aktieägare, eftersom aktieägarna uppenbarligen disponerar över kungörelseskyldigheten. Dessutom framgår av ABL 4:8, 1 st., att en aktietecknare skall delges nyemissionsbeslutet på själva teckningslistan, varför aktietecknaren därigenom får den nödvändiga informationen. Enligt ABF 7 §, 6 p. skall teckningslista biläggas anmälan för registrering av beslutet, vilket förutsätter att PRV jämför formuleringen av beslutet på teckningslistan med bolagsstämmoprotokollets beslutsformulering. Kungörelsen synes därför *inte* vara en *nödvändig* del av informationen till aktietecknare. Det förefaller därför som om kungörelsen uteslutande har funktionen av att vara en del av kallelseförfarandet, dvs. inom det dispositiva rättsområdet. Genom den förlängda klanderfristen i ABL 9:40, 3 p. och PRV:s skyldigheter i ABF 7 §, 4 p. ges aktieägarna ett visst ytterligare minoritetsskydd, i vart fall i avstämningsbolag. (För att detta skydd skall anses vara utsträckt till andra aktiebolag än avstämningsbolag får förutsättas, att PRV vid genomgång av bolagsstämmoprotokollet undersöker om samtliga aktieägare varit företrädda vid bolagsstämman som beslutat om emissionen.)

4. Bestämmelserna i ABL 4:18–26 om *emissionsprospekt* får anses vara tvingande till förmån för blivande aktieägare. Motsvarigheten i ABF 7 § är p.5, som föreskriver att anmälan för registrering av nyemissionsbeslut skall innefatta ett exemplar av prospektet.
5. Bestämmelserna i ABL 4:12–13 är tvingande primärt till förmån för bolagsborgenärerna och motsvaras av ABF 7 §, 7 och 8 p.

Det förefaller således föreligga en god kongruens mellan den s.k. nullitetsgrunden för den förlängda klanderfristen i ABL 9:40, 1 p., å ena sidan, och PRV:s *kontrollfunktion* enligt ABF, å den andra, såvitt gäller t.ex. bestämmelserna om nyemission i ABL 4 kap. I PRV:s kontrollfunktion vid en tillämpning av ABF får i första hand ligga att bevaka, att de tvingande bestämmelserna till förmån för bolagsborgenärerna och blivande aktieägare efterlevs. Ett svårbedömt gränsfall är emellertid kungörelseskyldigheten enligt ABL 4:7 jämfört med ABF 7 §, 4 p. Bestämmelsen om kungörelse kan knappast sägas tillhöra det tvingande rättsområdet med den utformning som undantaget erhållit. Blivande aktieägare skyddas dessutom genom kravet på att teckningslistan skall innehålla bolagsstämmobeslutet om nyemission. PRV:s uppgift får härvid anses ligga i kontrollen av att de grundläggande kallelsereglerna iakttagits, så att ABL 9:40, 3 p. icke blir tillämplig. En annan sak är sedan att PRV:s fullgörande av myndighetsuppgifterna saknar betydelse för frågan om klander enligt ABL 9:40 1 p., eller nullitetsverkan av bolagsstämmobeslutet. För det fall ett bolagsstämmobeslut strider mot de tvingande bestämmelserna i 4 kap. enligt ovan, är beslutet en nullitet, vilket förhållande kan göras gällande i form av klander utan särskild klanderfrist eller på annat sätt, t.ex. sedvanlig ogiltighetstalan. Det bör emellertid beaktas, att bestämmelserna om emissionsprospekt visserligen är tvingande men i regel inte läggs till grund för bolagsstämmobeslut enligt ABL 9:40, 1 p. Ett emissionsprospekt som inte är förenligt med bestämmelserna i ABL 4 kap. eller andra motsvarande bestämmelser om emissionsprospekt kan utlösa andra sanktioner. I vissa fall understryks nullitetsverkan av bolagsstämmobeslut enligt ABL 9:40, 1 p. av särskilda ogiltighetsbestämmelser, t.ex. i ABL 4:6, 2 st. med en hänvisning till ABL 2:3, 5 st., och ABL 4:8, 4 st., med en hänvisning till ABL 2:5.

4.3 Tvingande bestämmelser i övrigt

En motsvarande god kongruens synes finnas mellan övriga bestämmelser i ABL 4 kap. och ABF, liksom i ABL 5 kap. och ABF 11–13 samt

ABL 6 kap. och ABF 14–15. Detsamma gäller de tvingande bestämmelserna i ABL 13 och 14 kap. jämfört med ABF 19 a–31 §§.

Utöver de tvingande bestämmelser i ABL som avser att primärt skydda bolagsborgenärerna eller blivande aktieägare finns, såsom ovan antytts, tvingande bestämmelser om bolagets organisation. Så t.ex. föreskrivs i ABL att ett aktiebolag skall ha en styrelse, att ett publikt aktiebolag skall ha en verkställande direktör, att varje aktiebolag skall ha en revisor, etc. samt att i bolagets firma skall ingå ordet aktiebolag resp. beteckningen "publ." för publika bolag. I ABF finns anmälningsbestämmelser härom i 16, 18, 18 a och 32 §§. Det är emellertid svårt att föreställa sig hur ett bolagsstämmobeslut i strid med sådana tvingande bestämmelser beträffande bolagets organisation skall vara utformat för att kunna klandras och utgöra en nullitet. I praktiken torde sällan förekomma, att bolagsstämman fattar negativa beslut i den meningen att styrelse, revisor, verkställande direktör, etc. *icke* skall utses eller att aktiebolaget *icke* skall ha en firma, etc. Dessa tvingande bestämmelser får därför primärt upprätthållas genom PRV:s kontroll och försorg och genom bestämmelser om tvångslikvidation i ABL 13:10. Till de tvingande, organisatoriska bestämmelserna får på samma sätt räknas vad som i ABL 2:4 och 9:35–35 a samt vissa andra bestämmelser har stadgats om bolagsordningen, dess innehåll, ändring av bolagsordningen, etc. (jfr ABF 17 §) samt i ABL 9:7 om ordinarie bolagsstämma. Fråga är om ordningsföreskrifter till vilka knutits särskilda sanktioner. Även såvitt gäller dessa föreskrifter torde sällan i praktiken förekomma bolagsstämmobeslut i sådana frågor som kan klandras eller ogiltigförklaras.

4.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan följaktligen med utgångspunkt i den ovan gjorda genomgången av bestämmelserna i ABL 4 kap. konstateras, att till ABL 9:40, 1 p. skall hänföras de tvingande bestämmelserna i ABL med skilda ändamål, dvs. att primärt skydda bolagsborgenärerna, blivande aktieägare (aktietecknare eller aktieköpare) eller att upprätthålla en fungerande organisation för aktiebolaget. Den sistnämnda kategorin tvingande bestämmelser omfattar funktionsfördelningen mellan bolags-

stämman och andra bolagsorgan, bolagsorganen som sådana, ordinarie bolagsstämma, bolagsordningen, dess innehåll och ändringar härav, ordinarie bolagsstämma, m.m.

ABL 9:40, 1 p. har emellertid ett vidare tillämpningsområde än det nyssnämnda. När ett bolagsstämmobeslut strider mot annan lagstiftning än ABL, t.ex. av straffrättslig karaktär, eller över huvud av offentligrättslig karaktär, är ju också beslutet sådant att det inte lagligen kan fattas ens med alla aktieägares samtycke. (Se härom t.ex. Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 71 f.)

5. ABL 9:40, 2 p.: Samtycke till beslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och detta icke givits

Detta "nullitetsfall" (jfr SOU 1971:15 s. 245 och 247) tillkom vid införandet av 1975 års ABL. I förarbetena (SOU 1971:15 s. 247 f.) ges föga vägledning i frågan, vilka grunderna för nullitet skall vara. I princip uttalas endast att nullitet förutsätter, att det saknas samtycke i de fall där enligt ABL eller bolagsordningen samtycke är erforderligt av alla aktieägarna eller av de aktieägare på vilkas rätt beslutet inkräktar. Däremot avses ej sådana fall i vilka ABL ställer som krav, att ett beslut biträtts av aktieägare som representerar en del av hela aktiekapitalet, eller av de på stämman företrädda aktierna, eller av ägare till viss del av visst aktieslag, eller av viss del av de på stämman företrädda aktierna av detta slag. På så sätt undantas från nullitetsfallen beslut som fattas med i ABL eller bolagsordningen föreskriven *särskild röstpluralitet*, till och med om fråga är om ändring av bolagsordningen. I sistnämnda hänseende bedömdes i förarbetena intresset för minoritetsskydd böra vika för det av bolaget representerade gemensamma intresset av att frågan om ett besluts giltighet inte hålls svävande under alltför lång tid.

Tillgängliga kommentarer i aktiebolagsrätt tillför ingenting utöver vad som redan finns i förarbetena till tolkningen av detta andra nullitetsfall. Det saknas en direkt motsvarighet till stadgandet i 1944 års aktiebolagslag. I 138 § 1 mom. 3 st. föreskrevs, att bolagsstämmobeslut, för

vilka förelåg registreringsskyldighet, kunde vara ogiltiga oavsett att klandertalan ej väckts däremot, om de i lagen eller bolagsordningen gällande bestämmelserna om särskild röstpluralitet icke "rätteligen iakttagits". Denna "hybrid mellan klanderbarhet och nullitet" (se SOU 1971:15 s. 247) utmönstrades vid tillkomsten av 1975 års ABL främst med hänsyn till att en "fortsatt ovisshet om giltigheten av sådana för företagen mycket viktiga beslut" kunde vålla svåra olägenheter för företagets verksamhet (*op. cit.*). Förarbetena till det sålunda utmönstrade stadgandet ger därför ingen ytterligare information om tolkningen av ABL 9:40, 2 p. I propositionen till 1975 års lag (1975:103 s. 416) ges följande tilläggsinformation: Aktiebolagslagen i 1975 års utförande kräver inte i något fall samtycke av alla aktieägare "för ändring av bolagsordningen". Sådana krav kan emellertid finnas i bolagsordningen. I bolagsordningen kan kravet på kvalificerad majoritet ställas högre än dem som föreskrivits i ABL 9:30–33 (men inte lägre).

Nullitetsgrunden i ABL 9:40, 2 p. begränsas emellertid inte till bolagsordningsändringar. Den är tillämplig på alla bolagsstämmobeslut, när samtycke till beslutet krävs av alla eller vissa aktieägare och sådant samtycke icke givits. Propositionsuttalandet såvitt gäller bolagsordningsändringar har därmed ringa eller ingen relevans. Vad som återstår att utreda är vilka bolagsstämmobeslut som kan förutsätta samtycke av alla eller vissa aktieägare.

Härvidlag kan bortses från de fall där *bolagsordningen* föreskriver enhällighet eller samtycke av vissa aktieägare för giltigt bolagsstämmobeslut. För en sådan reglering kan allehanda skäl anföras. Det torde emellertid vara ytterst ovanligt att sådana regleringar förekommer i bolagsordningar. Mera vanliga är regleringarna i aktieägaravtal, vilka emellertid icke binder bolaget. I sällsynta fall kan förekomma, att en sådan reglering i aktieägaravtalet inkorporerats i bolagsordningen genom bolagsstämmobeslut härom. (Detta är en nödvändighet för att regleringen skall vara bindande för bolaget.)

Av större intresse är de principer eller bestämmelser i *ABL* som förutsätter enhällighet eller samtycke av vissa aktieägare. Enligt vad som framgått ovan, ger lagen och dess förarbeten ingen anvisning om vilka nullitetsfall som här avses. I doktrinen och kommentarer till ABL görs

regelmässigt endast en hänvisning till vad som uttalats i förarbetena utan förtydligande. (Se t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt, 19 uppl. s. 252: "Denna bestämmelse kan tänkas bli tillämplig om krav på sådant samtycke stadgas i ABL eller i bolagsordningen.") Något vägledande besked om nullitetsregelns tillämpningsområde lämnas således icke. Det torde, såsom frangått ovan, vara ytterst sällsynt att en bolagsordning innehåller nullitetsgrundande föreskrifter av här aktuellt slag. Det är dessutom svårt att föreställa sig hur sådana föreskrifter skall gestaltas. Fråga är om att varje eller vissa aktieägare ges en vetorätt; varje eller vissa aktieägare skall ge sitt samtycke för att bolagsstämmobeslutet icke skall bli en nullitet.

Så mycket framgår av lagförarbetena, att beslut som innebär ändring av bolagsordningen icke omfattas av den nu aktuella nullitetsregeln (se SOU 1971:15 s. 247). Ovan har också nämnts, att pluralitetsreglerna vid ändring av bolagsordningen icke innebär att samtycke skall krävas av samtliga eller vissa aktieägare (utanför bolagsstämman).

Ej heller omfattar den ifrågavarande nullitetsregeln aktiebolagslagens tvingande bestämmelser: Detta framgår redan av nullitetsregelns avfattning, dvs. fråga skall vara om en *dispositiv* bestämmelse i ABL som förutsätter alla eller i vart fall vissa aktieägares samtycke, oavsett om dessa aktieägare företrätts vid bolagsstämman. I blickpunkten faller därför de dispositiva *likhetsgrundsatsen* och *generalklausulerna*. Ett bolagsstämmobeslut i strid med likhetsgrundsatsen eller generalklausulerna förutsätter för giltighet, att samtliga aktieägare – oavsett om de företrätts på bolagsstämman eller icke – röstat för eller samtyckt till avvikelsen. En motsvarande situation kan sägas vara för handen vid *beslut om vinstutdelning* på extra bolagsstämma, eller vid en s.k. vinstutdelning utanför bolagsstämman men inom ramen för de tvingande borgenärsskyddsreglerna. Ett enskilt bolagsstämmobeslut i strid med ett *hembudsförbehåll* i bolagsordningen, eller de i bolagsordningen stipulerade rättigheterna för vissa aktieägare, kan också sägas tillhöra samma kategori. Sådana beslut förutsätter för sin giltighet att bolagsordningen ändras. Sker ej en bolagsordningsändring, måste beslutet ses som en nullitet, dvs. ogiltigt oberoende av klander. En helt annan sak är sedan, att ett bolagsstämmobeslut kan tolkas som ett beslut om ändring av

bolagsordningen, och således på denna grund vara giltigt. (Se härom Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 73 f. med fotnot 112 och 113.) Till bestämmelserna i ABL som för avvikelse förutsätter samtliga aktieägares samtycke torde också höra ABL 9:10 (om orten för bolagsstämma), ABL 9:3 (om aktieägares rätt att företrädas genom ombud, etc.), ABL 9:12 (om sammankallande av bolagsstämma) och ABL 9:38 (om stämmoprotokoll). Såsom har framgått ovan, utgörs det stora flertalet av de svenska aktiebolagen av enmans- och fåmansbolag. En för dessa bolag från ABL i ovannämnt hänseende avvikande ordning torde tillhöra vanligheterna.

Det är i sammanhanget av största vikt att skilja mellan bolagsstämmobeslut med effekt i ett *enskilt* ärende (*ad hoc*) och beslut med *långsiktig* verkan (principbeslut). Det samtycke som har givits (uttryckligen eller konkludent) av aktieägarna kan endast avse det enskilda fallet, och kan knappast vara framåtsyftande utan tidsbegränsning. Så t.ex. skulle ett bolagsstämmobeslut, enligt vilket aktiebok icke skall föras, likhetsgrundsatsen icke iakttas, bolagsstämman hållas utanför den i lag föreskrivna orten, etc. såsom principbeslut för framtiden icke kunna ges någon verkan, med undantag av de fallen där besluten kan betecknas som beslut om ändring av bolagsordningen inom ramen för vad ABL i övrigt medger. I NJA 1996 s. 679 tolkades av två justitieråd – i majoriteten – bostadsrättslagen 9:16, 2 p. som ett nullitetsfall enligt lagen om ekonomiska föreningar 7:17, 3 st., 2 p. När samtycke icke givits av berörd medlem, kunde alternativet, att 2/3 av de röstande medlemmarna varit för beslutet, icke anses gälla, om Hyresnämndens godkännande inte inhämtats. Nullitetsverkan kunde därmed endast hävas genom ett godkännande av Hyresnämnden, när eljest samtycke av medlem icke förelåg.

Det har emellertid hävdats i den aktiebolagsrättsliga doktrinen, att ABL inte innehåller några regler som kräver att *samtliga* aktieägare samtycker till ett beslut. (Se t.ex. Johansson, Bolagsstämma s. 29, fotnot 53 med hänvisningar till Nial – numera Nial-Johansson – Svensk associationsrätt i huvuddrag, 7 uppl. s. 181: "Krav på alla medlemmarnas samtycke till något beslut finns inte i ABL, men kan vara föreskrivet i såväl aktiebolags som ekonomisk förenings författning." Johansson, *op.*

cit., hänvisar också till Rodhe, Aktiebolagsrätt, 14 uppl. s. 254, med i stort sett samma inställning som Nial och Johansson ända fram till den 17 uppl. av Aktiebolagsrätt, där synsättet överges till förmån för ett mer återhållet ställningstagande: "Denna bestämmelse kan tänkas bli tillämplig om krav på sådant samtycke stadgas i ABL eller i bolagsordningen.") Dessa doktrinuttalanden kan tolkas på olika sätt. Så t.ex. är den tolkningen möjlig, att när det för nullitetsverkan i ABL 9:40, 2 p. förutsätts, att det i ABL finns regler som kräver alla eller vissa aktieägares samtycke, lagstiftaren härmed har avsett i ABL förekommande, *uttryckliga* bestämmelser härom. Ett sådant ställningstagande ligger i linje med vad som vid bestämmelsens tillkomst konstaterades i förarbetena (prop. 1975:103 s. 416), med den skillnaden att förarbetsuttalandena inskränker sig till pluralitetsreglerna vid *bolagsordningsändringar*. Såtillvida är ovan nämnda doktrinuttalande också riktigt, att ABL saknar *explicita* pluralitetsbestämmelser som innebär krav på samtliga aktieägarnas samtycke, dvs. i de fallen där ABL stadgar ett pluralitetskrav; inget av dessa innebär ett krav på fullständig enhällighet. Men i den mån doktrinuttalandet skall tolkas så att aktiebolagsrätten *helt* saknar regler som kräver "att samtliga aktieägare samtycker till ett bolagsstämmobeslut", för uttalandet säkerligen alldeles för långt. Noga taget träffas bolagsstämmobeslut av nullitetsverkan vid uteblivet samtycke, inte bara när samtycke krävs av alla aktieägarna, utan också när samtycke icke har givits av de aktieägare på vilkas rätt bolagsstämmobeslutet inkräktar (jfr prop. 1975:103 s. 416).

Avfattningen av nullitetsbestämmelsen ifråga läst mot bakgrund av lagförarbetena synes ge vid handen, att bestämmelsen har ett vidare tillämpningsområde än vad det ovannämnda doktrinuttalandet förutsätter. Bestämmelsen förefaller ta sikte på samtliga regler och principer i aktiebolagsrätten som i samband med bolagsstämmobeslut kräver samtycke av alla eller vissa aktieägare för att en avvikelse från regeln eller principerna skall ges giltighet. För det fall lagstiftaren, som det ovan berörda doktrinuttalandet antyder, avsett att med nullitetsbestämmelsen endast omfatta specifika och explicita föreskrifter om röstpluralitet i ABL (eller bolagsordningen), torde detta ha kommit till klarare uttryck. Trots allt utmönstrades samtidigt med införandet av nullitetsbestämmelsen en

annan form av nullitetsbestämmelse, som var tillämplig när "i denna lag eller bolagsordningen upptagna föreskrifter om särskild röstpluralitet icke rätteligen iakttagits" (se 1944 års ABL 138 §, 1 mom., 3 st., SOU 1941:9 s. 559, SOU 1971:15 s. 247 och prop. 1975:103 s. 416). Härtill synes följande anmärkning vara befogad: Om nu den i detta avsnitt diskuterade nullitetsbestämmelsen endast tar sikte på explicita pluralitetskrav i ABL, och lagstiftaren vid införandet av bestämmelsen vet att lagen saknar sådana pluralitetskrav, vari ligger poängen med att införa en nullitetsbestämmelse som skall utlösas när sådana *icke-existerande* pluralitetskrav icke iakttas?

Konsekvenserna av slutsatsen, att den ifrågavarande nullitetsbestämmelsen tar sikte på alla regler och principer i aktiebolagsrätten (och bolagsordningen) som förutsätter samtliga eller vissa aktieägares samtycke, är emellertid långtgående. Innebörden av slutsatsen är nämligen, att vid varje tillfälle likhetsgrundsatsen, generalklausulerna eller någon av de andra ovannämnda bestämmelserna som får antas förutsätta samtliga eller vissa aktieägares samtycke vid avvikelse blir föremål för bolagsstämmobeslut, detta icke endast är klanderbart utan en nullitet. När t.ex. likhetsgrundsatsen har trätts för nära, föreligger en nullitet, vilket också PRV har att beakta i samband registrering av bolagsstämmobeslutet. Registreringen skall enligt ABL 18:4 vägras om samtliga eller vissa aktieägare inte lämnat sitt samtycke. I vilken utsträckning PRV gjort sådana överväganden är oklart; i praktiken torde saken sällan ställas på sin spets.

Samtidigt är det ägnat att överraska en smula, att till grund för nullitetsbestämmelsen ligger ett lagförslag (SOU 1971:15, 81 §, 3 st.) som utarbetats av Nial. I själva verket kom Nials lagförslag i denna del att i sin helhet innefattas i 1975 års ABL och numera även i Lagförslaget. Nials inställning var ju tidigare, dvs. före Lagförslagets tillkomst (se Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 69 ff.), att nullitetsverkan av ett beslut endast bör inträda i vissa fall när bolagsstämmobeslutet till sitt *innehåll* är rättsstridigt, närmare bestämt när det strider mot en rättsregel som är tvingande på det sättet att den icke får åsidosättas ens med alla aktieägarnas samtycke" (*op. cit.* s. 69). Nials framställning om distinktionen mellan nullitet och klanderbarhet präglas genom-

gående av bodelningen mellan tvingande och dispositiva bestämmelser i aktiebolagsrätten. Dikotomin avseende tvingande bestämmelser och nullitet, å ena sidan, samt dispositiva bestämmelser och klanderfrist, å den andra, kom också till uttryck i 1944 års aktiebolagslag 138 §, 1 mom. 3 st: "Grundas talan därpå, att beslutet icke tillkommit i behörig ordning eller att det eljest kränker allenast aktieägares rätt, skall talan instämmas inom tre månader från beslutets dag. Försummas det, vare beslutet gällande." Härigenom gavs enligt förarbetena (se Stenbeck, m.fl. Den nya aktiebolagslagen, Stockholm 1946 s. 517), uttryck åt principen att klanderpreskription icke inträder, när beslutet är rättsstridigt, därför att det till sitt innehåll innebär ett åsidosättande av sådana regler, som avser att skydda andra än dem som vid beslutets fattande är aktieägare, dvs. aktiebolagsrättens regler till skydd för borgenärer, aktieköpare eller annan tredje man, eller de bestämmelser som eljest är givna i allmänhetens intresse. Hit hör också tvingande regler om bolagets organisation och verksamhet. Nullitet skulle drabba alla beslut som stred mot rättsregler som var på detta sätt tvingande, så att de icke kunde åsidosättas med samtycke att samtliga aktieägare i bolaget.

Enligt den av Nial förespråkade huvudprincipen skulle avvikelse från tvingande bestämmelse leda till nullitet, allt medan avvikelse från dispositiva bestämmelser endast skulle ge rätt till klander under en viss, närmare föreskriven tidsperiod (klanderfrist). Helt definitiv och slutlig var nu icke denna dikotomi. Avgjort är emellertid att Nial ställde sig negativ till att nullitet skulle inträda även i de fall där ett bolagsstämmobeslut endast kränkte aktieägares rätt. Grundinställningen var att minoritetsskyddet väl kunde upprätthållas genom särskilda klanderbestämmelser, men också att klanderpreskription skulle inträda efter viss tid med hänsyn till att bolaget, dess borgenärer och aktieägarna i gemen eljest skulle lida skada av den stundom "förlamande osäkerhet" som en motsatt regel skulle medföra. (Se Nial s. 65 ff. och SOU 1971:15 s. 247.) Visserligen kunde man enligt Nial t.ex. tänka sig att låta nullitet inträda vid kränkning av likhetsgrundsatsen (*op. cit.* s. 77, fotnot 119). Som skäl härför kunde enligt Nial åberopas, att bolagsstämman över huvud icke bör ha befogenhet att åstadkomma beslut, som går ut på att främja viss eller vissa aktieägares intresse på de övrigas bekostnad.

5. ABL 9:40, 2 p.: Samtycke till beslutet krävs av alla

Samma resonemang kan föras med en tillämpning av nu gällande ABL:s generalklausuler. Tanken avvisades emellertid av Nial, med hänsyn till "de många fall där en större eller mindre kränkning av likhetsprincipen kan tänkas, och även med hänsyn till att denna princips räckvidd icke på alla punkter är fullt klar". För det fall likhetsgrundsatsen (och generalklausulerna) kunde föranleda nullitetsverkan, skulle ett sådant resultat enligt Nial "innebära en alltför stor utsträckning av nulliteten och även en osäkerhet om nullitetens förhandenvaro i vissa fall".

Ledstjärnan vid avgränsningen av nullitetsfallen var enligt Nial, att det var av största vikt för bolaget och därmed förbundna intressen att förebygga oklara förhållanden, vilket också var klanderpreskriptionens främsta funktion. Grunden till nullitetsbestämmelsen i ABL 9:40, 2 p. är dock uppenbarligen icke tvingande bestämmelser utan just bolagsstämmobeslut i strid med dispositiva, till skydd för aktieägare givna regler. Att denna bestämmelse kom att föreslås av Nial och sedermera införas utan något som helst närmare förklaring eller vägledning, är mot bakgrund av redovisningen ovan om Nials tidigare förhållningssätt närmast ett mysterium. Några avtryck i det praktiska rättslivet förefaller bestämmelsen dock inte ha gjort.

Slutsatsen måste emellertid bli, att den ifrågavarande nullitetsbestämmelsen i kraft av sin lydelse och de knappa lagförarbetena, och i ljuset av klanderbestämmelsernas utformning i 1944 års ABL, måste ges det innehållet att den omfattar även överträdelser av likhetsgrundsatsen, generalklausulerna, samt vissa andra ovan nämnda bestämmelser i ABL, utöver bestämmelser i bolagsordningen om samtliga eller vissa aktieägares samtycke. Ett bolagsstämmobeslut i strid med t.ex. likhetsgrundsatsen skulle därmed vara en nullitet. Det är trots allt förståeligt, att rimligheten av slutsatsen kan ifrågasättas. Ordalydelsen i bestämmelsen i beaktande av förarbetena lämnar emellertid inga identifierbara alternativ.

6. ABL 9:40, 3 p.: Nullitet på grund av att kallelsebestämmelserna överträtts

Den tredje och sista nullitetsbestämmelsen i ABL 9:40 avser de fallen där kallelse till bolagsstämma överhuvudtaget icke skett eller de för bolaget gällande bestämmelserna om kallelse väsentligen eftersatts. Utformningen av bestämmelsen har tvivelsutan sitt ursprung i förslaget till 1944 års ABL (se SOU 1941:9 s. 557, 145 §). Här föreslogs att den gällande klandertiden om två månader skulle uträckas till sex månader i tre olika fall, bl.a. just det fallet där de i lag eller i bolagsordningen meddelade föreskrifterna om sättet för utförandet av kallelse till bolagsstämman väsentligen eftersatts. Förslaget i denna del kom ej att införas i 1944 års ABL. Nullitetsbestämmelsen i ABL 9:40, 3 p. går påtagligt längre i främst två avseenden: För det första träffar bestämmelsen alla väsentliga överträdelser av kallelsebestämmelserna, och inte uteslutande sådana bestämmelser som avser "sättet för utfärdande av kallelse". För det andra är nullitetsbestämmelsen tillämplig när kallelse alls icke utfärdats. Härtill kommer givetvis, att de bolagsstämmobeslut som träffas av kallelsebristerna kvalificeras som nulliteter och icke endast som klanderbara beslut. Till grund för såväl 1941 som 1971 års förslag till ABL låg Nials utredning om *definitionen av ett bolagsstämmobeslut* i hans monografi härom (Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 61 ff.). Nials monografi kan på sätt sägas utgöra en tolkningsgrund för lagförarbetena.

Utgångspunkten är således vad som ovan diskuterats i frågan om vad som utgör ett bolagsstämmobeslut. En helt avgörande förutsättning härför är att bolagsstämma hålls. Detta förutsätter i sin tur att vissa formkrav uppfylls, häribland – och kanske det viktigaste – kallelsebestämmelserna. Om kallelse icke sker eller om kallelsebestämmelserna inte efterlevs i tillräckligt stor utsträckning, kan vad som avses att vara en bolagsstämma diskvalificeras som sådan. Effekten härav är att besluten på en sådan diskvalificerad stämma blir nulliteter.

Avgränsningsproblemen är emellertid betydande. Visserligen kan förutses, att vissa grövre kallelsebrister leder till nullitet, såsom t.ex. när

kallelse helt uteblir, eller kallelse inte innehåller en dagordning, eller över huvud sker på ett grundläggande felaktigt sätt. Vad som erfordras för ett *väsentligt* eftersättande av kallelsebestämmelserna är emellertid långt ifrån givet. Området för osäkerhet i frågan om en kallelsebrist endast är klandergrundande eller medför nullitetsverkan är omfattande. Vad som t.ex. skall gälla när kallelsen utgått några dagar för sent eller är i viss mån oklar eller inte helt fullständig, får givetvis avgöras från fall till fall, men kan leda till besvärliga ställningstaganden.

I lagförarbetena (se SOU 1971:15 s. 248 jämfört med prop. 1975:103 s. 416 f.) ges icke någon närmare vägledning; bestämmelsen är endast avsedd att ge "en riktlinje för frågans bedömning". Tas emellertid Nials utredning i ovannämnd monografi till utgångspunkt för frågans bedömning, synes endast kallelsebrister av *det riktigt grova slaget*, som medför att den bolagsstämma som kallelsen avser att leda till *diskvalificeras* som sådan, kunna medföra nullitet. Sådana, kallelserelaterade fel torde hjälpligt kunna urskiljas. Utöver det fallet där kallelse över huvud ej utfärdats, eller endast delgivits en mindre grupp av aktieägarna, skulle en kallelse till extra bolagsstämma utan angivandet av syftet härmed eller med ett för beslutsfattandet helt otillräckligt underlag kunna medföra nullitet. Situationen kan också vara sådan att kallelse visserligen utgått men på ett i jämförelse med vad som föreskrivits härom i bolagsordningen helt felaktigt sätt (t.ex. kungörelse i stället för personlig delgivning, när aktieägarna saknar anledning att förvänta sig en kungörelse och därför icke tar del av sådana tidningar eller tidskrifter som innehåller kungörelse om kallelse till bolagsstämma). Kallelsebristerna skall leda till att det som möjligen uppfattas som en bolagsstämma inte kan kvalificeras som sådan, varför besluten därpå också blir ogiltiga (nulliteter).

Här framträder emellertid återigen en oregelbundenhet i lagstiftningens utformning. Om nu syftet med nullitetsbestämmelsen är att ge sådana beslut nullitetsverkan, därför att en bolagsstämma i egentlig mening icke hållits, borde rimligen nullitetsbestämmelsen i sin utformning ha utvidgats till att omfatta samtliga sådana grövre fel som naturligen borde leda till att bolagsstämman diskvalificeras som sådan. Grövre fel av nämnda slag behöver nödvändigtvis inte sammanhänga

med kallelsebrister. En kallelse kan till form och innehåll vara helt oklanderlig, men den resulterande bolagsstämman ändå bli diskvalificerad på grund av att t.ex. en stor del av aktieägarna förhindrats från att närvara på själva bolagsstämman, eller att bolagsstämmobesluten i själva verket fattats – helt eller delvis – av andra än aktieägarna, eller möjligen att aktieägarna under hand eller under bolagsstämman desinformerats i så stor utsträckning att deras röster på bolagsstämman icke kan betecknas som ett uttryck för en egentlig viljeförklaring. Nial omnämner också sådana exempel som saknar samband med kallelsebestämmelserna i sin ovannämnda utredning (*op. cit.* s. 62 med fotnot 91) och i lagförarbetena upprepas delvis dessa exempel (se SOU 1971:15 s. 248 och prop. 1975:103 s. 417).

Det är därför förvånande att den slutliga utformningen av nullitetsbestämmelsen ifråga endast upptar sådana skäl till diskvalificering av en bolagsstämma som föranletts av kallelsebrister. I själva verket lämnas läsaren intrycket av att de i ABL 9:40 upptagna nullitetsfallen inte uttömmande reglerats i lag, utan att även vid sidan av dessa lagbestämmelser kan tänkas uppkomma nullitetsfall, när de formella felen är av "den grova karaktären att beslutet [på bolagsstämman] ej rimligtvis bör bli giltigt genom underlåten klandertalan" (se SOU 1971:15 s. 248). Varför den nu diskuterade nullitetsbestämmelsen icke erhållit en utformning anpassad efter sådana, egentliga grunder för nullitet, i stället för att uteslutande ta sikt på kallelsebrister, är höljt i dunkel.

Om nu en nullitetsbestämmelse av förevarande slag överhuvudtaget skall ha ett existensberättigande, bör den – *de lege ferenda* – utformas så, att den inriktas på samtliga sådana allvarliga formfel som gör att bolagsstämman inte kan erkännas som sådan. Därmed har man också givit en indikation på hur allvarligt formfelet måste vara för att kunna leda till nullitet av ett bolagsstämmobeslut. Mindre allvarliga formfel skulle till följd härav endast ge grund för klander inom den lagstadgade klanderfristen. Hit torde höra avvikelse från kallelsefristerna, förutsatt att aktieägarna givits någon tid att förbereda beslutsärendena, brister i kallelsens innehåll, förutsatt att kallelsen i stora drag återspeglar den faktiska dagordningen, delgivningsbrister, förutsatt att den övervägande delen av aktieägarna delgivits eller eljest underrättats om kallelsen, eller

med "iakttagande av normal omsorg" (se Nial, *op. cit.* s. 61) borde ha gjort sig underkunniga härom, upptagandet av nya frågor som icke innefattats i kallelsen, etc. Med Nials ord skulle man kunna uttrycka saken så att de allvarliga formfelen skall vara av "extremt" slag för att kunna föranleda en diskvalificering av bolagsstämman och nullitet av bolagsstämmobesluten. Med en sådan avgränsning bibehålles i huvudsak också synsättet, att formella fel i allmänhet inte skall leda till nullitet, utan att endast bolagsstämmobeslut som till sitt innehåll strider mot tvingande bestämmelser i ABL betecknas som nulliteter, och att fel som endast berör aktieägares rätt i princip skall vara klandergrundande.

7. Samtycke till formfel

Effekterna av förevarande nullitetsbestämmelser skall emellertid också ses i belysningen av ABL 9:17 om betydelsen av kallelsefel i det fall berörda aktieägare lämnat sitt samtycke. Om en kallelsebestämmelse i ABL eller bolagsordningen har åsidosatts, kan felet "botas" genom att berörda aktieägare lämnar sitt samtycke härtill, på grund varav de aktuella bolagsstämmobesluten sålunda blir giltiga. Sådana beslutsärenden som ett aktiebolag skall uppta på bolagsstämman enligt bolagsordningen kan dessutom enligt samma stadgande bli beslutsfäiga, trots att de icke upptagits i kallelsen. Detsamma gäller beslut som "omedelbart föranleds" av ett annat ärende som skall avgöras. Bolagsstämman får också besluta att en extra bolagsstämma skall sammankallas för att behandla ärendet. Bestämmelsen tillkom i 1975 års ABL men har delvis en motsvarighet i 1944 års lag (124 §, 3 st.).

En "läkning" av kallelsefel förutsätter att samtliga berörda aktieägare ger sitt medgivande härtill så att bolagsstämman kan fatta giltiga beslut. För det stora flertalet svenska aktiebolag, som är av en- eller fåmanskaraktär, är denna av lagstiftaren betecknad som undantagsbestämmelse närmast en självklarhet. Det torde tillhöra sällsyntheterna att formenlig kallelse utfärdas; besluten fattas "per capsulam". Vanligt är att några aktieägare undertecknar ett bolagsstämmoprotokoll, vilket delges övriga aktieägare för godkännande. Redan i förarbetena till gällande lag

(SOU 1971:15 s. 234) noterades denna praxis och förutsågs att den skulle komma att godkännas av "rättstillämpningen"; eftersom fråga är om dispositiva formbestämmelser, får det närmast betraktas som givet att aktieägarna på det redovisade sättet, eller på andra vis, disponerar över eller kontrollerar dessa formfrågor.

Ett samtycke till den här aktuella "läkningen" av formfelen kan ges när som helst före, under eller efter bolagsstämman; de kan också ges uttryckligen eller konkludent (se SOU 1971:15 s. 248 jämfört med 234). Även nullitetsbestämmelsen i ABL 9:40, 3 p., måste således modifieras med det villkoret, att det allvarliga ("extrema") formfelet inte "läkts" genom ett samtycke av alla aktieägare. Härav följer, att om samtliga aktieägare samtycker till att hålla en bolagsstämma utan att kallelse sker härtill, eller i efterhand godkänner en bolagsstämma, t.ex. genom att underteckna bolagsstämmoprotokollet, utan kallelse, får en bolagsstämma anses ha hållit och besluten däråa antas vara giltiga (jfr Johansson, Bolagsstämma s. 31 f.). Självfallet kan samtycket endast avse en enskild, specifik bolagsstämma, och icke framtida, obestämda stämmor (i s.k. principbeslut).

Inverkan av en aktieägarens samtycke kan variera. För den händelse t.ex. kallelse inte har utgått, torde det vara tillfyllest att en aktieägare är närvarande (närvaron möjliggörs genom att aktieägaren på annat sätt erhållit kunskap om bolagsstämman) på vad som förutsätts vara en bolagsstämma, och därvid röstar för (eller avstår från att rösta överhuvudtaget) det beslutsförslag som upptagits i dagordningen och förmedlats av stämmoordföranden. Därmed synes de rudimentära kraven för godkännandet av bolagsstämman som sådan vara uppfyllda, under förutsättning att den övervägande delen av övriga aktieägare givit sitt samtycke på samma eller liknande sätt.

Av ABL 9:17 följer visserligen, att samtliga aktieägare som är berörda av formfel skall lämna sitt samtycke till "läkningen" av detsamma, men av stadgandet följer också, att berörda aktieägare som inte samtyckt till "läkningen" får anses ha rätt att klandra det ifrågavarande bolagsstämmobeslutet. Härvid aktualiseras frågan om *kausaliteten* mellan formfelet och beslutets utformning. Om endast en mycken liten del av aktieägarna vägrat att samtycka till en "läkning", kan enligt denna

kausalitetsprincip formfelet icke anses ha någon avgörande inverkan på beslutets utformning eller innehåll (se härom SOU 1971:15 s. 234 f. jämfört med s. 248.) Det synes härvid vara erforderligt att det är *tydligt*, att formfelet ej inverkat på beslutet. (Om denna kausalitetsproblematik, se vidare nedan).

Det skall emellertid redan här klargöras, att samma kausalitetsprincip är tillämplig i aktuellt nullitetsfall. Det sagda innebär t.ex. att om kallelsebestämmelserna väsentligen eftersatts endast i förhållande till en mindre grupp aktieägare, och det är tydligt att dessa aktieägare icke kunnat påverka den slutliga utformningen av beslutet, beslutet skall äga giltighet trots kallelsebristerna. I kausalitetshänseende finns knappast något skäl att skilja mellan sådana formfel som endast är klandergrundande och sådana mera allvarliga fel som kan leda till nullitet. (Mer om detta nedan.) Det sist sagda synes också ha förutsatts vid tillkomsten av 1975 års ABL, se SOU 1971:15 s. 248: "I fråga om formella fel anmärks att de ej gör beslutet ogiltigt eller klanderbart om det är tydligt att felet ej inverkar på beslutet".

Avgränsningsproblemen är således många och varierande. I ljuset av den ledstjärna som funnits i den tidigare lagstiftningen (se t.ex. SOU 1941:9 s. 557) och hos Nial (i monografin Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut), nämligen att undvika stadganden om nullitet för bolagsstämmobeslut i fall där förseelse föreligger allenast mot rättsregler till skydd för aktieägarna inbördes (eftersom sådana stadganden skulle medföra olägenheter och skada för bolaget och därmed för aktieägarna i gemen och kanske också för utomstående som äger intressen i bolaget), är gällande nullitetsbestämmelse vid formella fel liksom den enligt p. 2 i ABL 9:40 att beteckna som anomalier. Möjligen bör i klarhetens intresse tas fasta på rekommendationen i lagförarbetena (och i Nials monografi), att endast de mer *extrema fallen av formella fel* – där på grund av felet en bolagsstämma överhuvudtaget icke kan anses ha ägt rum – kan leda till nullitet. Men även sådana extrema fall kan vara svåra att identifiera. I perspektivet *de lege ferenda* synes svårt att motivera, särskilt i kommunikationsteknologins tidevarv, att vissa, allvarliga, formella fel är förenade med en i princip (dock med vissa inskränkningar, se nedan) evig klanderfrist. Oklarheter om nullitetsbestämmel-

sens tilllämpningsområde i kombination med den i princip eviga klanderfristen kan stundom verka som en drivkraft för missbruk och utnyttjas i chikanöst syfte (se härom remissyttrandet av näringslivet i prop. 1975:103 s. 414 f., vari riktades kritik mot den i SOU 1971:15 föreslagna förlängda klanderfristen om två år). Det torde vara väl känt inom näringslivet att sådana oklarheter skapar osäkerhet och återhållsamhet. Blotta risken för att ett bolagsstämmobeslut kan komma att rivas upp efter lång tid genom påtryckningar av olika minoritetsgrupper kan föranleda, att bolaget avstår från att vidta en eljest nödvändig åtgärd eller skjuter upp denna med väsentligt ökade transaktionskostnader som följd. Till belysning av det sagda kan följande åskådningsexempel ges.

Ett aktiebolag har 20 delägare. Inför en extra bolagsstämma inträffar ett fel i samband med kallelsen med följden, att endast 15 av de 20 blir kallade till stämman. Vid stämman uppmärksammas inte felet, utan stämman fattar beslut om bl.a. en riktad nyemission. Emissionen är av väsentlig betydelse för bolagets fortlevnad, eftersom en extern investor förklarat sig vara beredd att tillföra ett oundgängligt, nytt kapital för bolaget. Protokoll upprättas, justeras och utsänds till samtliga aktieägare en månad efter stämman. Först sex månader efter stämman finner de fem, icke formenligt kallade aktieägarna skäl att reagera genom att i ett brev till styrelsen påtala det formfel som förekommit. Samtidigt begär denna minoritet att aktiemajoriteten skall lösa ut deras andelsägande för ett relativt högt belopp.

Den nyss beskrivna situationen torde inte vara ovanlig i näringslivet, låt vara att omständigheterna uppvisar stora variationer. Skall det aktuella formfelet anses vara tillräckligt allvarligt (extremt) för att utlösa nullitetsbestämmelsen? Om utgångspunkten är att nullitetsbestämmelsen endast är tillämplig när en bolagsstämma inte kan anses ha ägt rum, är måhända formfelet inte av nullitetskaraktär. Svårigheten, är emellertid att avgöra hur många aktieägare i exemplet som inte skall ha varit kallade för att bolagsstämman skall diskvalificeras som sådan. Om nu ändå den uteblivna kallelse till 25 % av aktieägarna skall betecknas vara av så allvarligt slag, att nullitetsbestämmelsen blir tillämplig, uppkommer frågan om formfelet och dess resultat haft betydelse för bolagsstämmobeslutet om den riktade nyemissionen. Nominellt sett skulle på

grund av pluralitetsbestämmelsen i ABL 4:2, 2 st., vid riktade nyemissioner de frånvarande aktieägarna tillsammans inte ha kunnat förhindra beslutet. I realiteten hade emellertid deras närvaro kunnat leda till en annan utgång; de hade genom sin närvaro kunnat argumentera för ett motsatt beslut och det hade därvid varit tillfyllest att övertyga två av de övriga aktieägarna härom. Antas att det inte kan visas, att formfelet "tydligt" ej inverkat på beslutet, kvarstår problematiken med den eviga klanderfristen. Även evigheten är härvid relativ. En längre tids passivitet skulle, såvitt framgår av lagförarbetena (SOU 1971:15 s. 245), omvandla en nullitet till ett giltigt beslut. Att prognostisera bedömningen i ett rättsligt förfarande av dessa frågor är uppenbarligen förenat med stora svårigheter.

8. Uttryckligt eller konkludent samtycke

Eftersom nullitetsbestämmelserna i ABL 9:40, 2 och 3 p. gäller rättsregler som berör aktieägarna inbördes, kan – såsom framgått ovan – nullitetsverkan undvikas genom ett samtycke av de berörda aktieägarna. Ett samtycke kan vara såväl uttryckligt som konkludent. Frågan om vilken rättsverkan ett sådant samtycke skall ges är emellertid inte helt klar. I lagförarbetena uttrycks det sagda lakoniskt så, att frågan, under vilka förutsättningar en aktieägare kan anses tyst eller uttryckligen ha avstått från sin talerätt, får överlämnas till rättstillämpningen (se prop. 1971:103 s. 413. Jfr SOU 1971:15 s. 246: Frågan är "ej löst i lagen").

I lagförarbetena (*op. cit.*) uttalas emellertid försiktigtvis, att en aktieägare som röstat för ett bolagsstämmobeslut i och för sig inte torde ha förlorat rätten att klandra beslutet. Samtidigt anförs i förslaget till gällande ABL (se SOU 1971:15 s. 246), dvs. företrädesvis av Nial, att vad Nial tidigare i ovan nämnd monografi uttalat i hithörande frågor "knappast på alla punkter torde motsvara nu rådande rättsuppfattning". Vad som skall anses vara "rådande rättsuppfattning" indikeras emellertid inte och är väl ej heller ännu klarlagt. Förarbetsuttalandet skall måhända tolkas så, att den rådande rättsuppfattningen är motsatt den som Nial uttryckt i sin monografi. Ett försök till klarhet försvåras dock av Nials

reservation i monografin från 1934 (*op. cit.* s. 110, fotnot 196), att vad Nial däri uttalat torde "strida mot den förhärskande uppfattningen". Läggs härtill att kvintessensen av Nials uttalande i monografin är, att även den aktieägare som röstat för ett beslut har rätt att klandra detsamma, vilket skall jämföras med ovannämnda förarbetsuttalande om att en aktieägare som röstat för ett bolagsstämmobeslut torde vara oförhindrad att klandra beslutet, belastas tydligheten än mer. (I den 4 uppl. av Svensk Associationsrätt s. 177 hävdar Nial, att "samtycke av en medlem i en ekonomisk förening, och detsamma borde gälla en delägare i ett aktiebolag, torde kunna anses givet om han på stämman inte röstat mot beslutet". Uttalandet återfinns även i 5 uppl. av samma verk s. 173. I den 6. uppl. s. 186 och den 7 uppl. har uttalandet helt strukits under medverkan av Svante Johansson.) En "förhärskande rättsuppfattning" kan därmed svårligen fastställas.

Såsom antytts ovan, var Nials ståndpunkt i den nämnda monografin, att den som röstat för ett bolagsstämmobeslut var bibehållen rätten att klandra detsamma, samt att varje aktieägare hade rätt att klandra ett beslut om någon (dvs. en enda aktieägare) hade en sådan rätt (*op. cit.* s. 110). Ståndpunkten grundades på föreställningen, att klanderrätten inte var en rent individuell rättighet, förbehållen aktieägaren allenast för hans egen skull, utan att den var oberoende av aktieägarens enskilda intresse och tjänade gemensamma, aktierättsliga syften, främst att trygga en rättsenlig bolagsförvaltning (*op. cit.* s 109). Klanderrätten var enligt Nial så till vida en slags "organbefogenhet". Nial medger emellertid samtidigt, att synsättet knappast var förenligt med dåtidens förhärskande uppfattning inom doktrinen eller gällande rätt över huvud. (I det HD-avgörande som Nial behandlar i sammanhanget, NJA 1932 s. 243, synes synsättet vara det motsatta, dvs., ett samtycke till beslut betar aktieägaren rätten att klandra detsamma.)

Nials ståndpunkt, att klanderrätten inte är individuell utan ett uttryck för någon form av organbefogenhet, får nog anses vara förlegad. Den överensstämde inte med dåtidens rättsuppfattning, och har föga gemensamt med gällande rätt. Det förhållandet att *klanderinstitutet* har till ändamål, att trygga en rättsenlig bolagsförvaltning, m.m., innebär knappast att *klanderrätten* är kollektivt och icke individuellt beskaffad. Den

i det praktiska rättslivet rådande uppfattningen torde i stället vara, att den aktieägare som inte aktivt röstat emot ett beslut, dvs., röstat för eller avstått från att rösta, får anses ha samtyckt till beslutet och är därmed förhindrad att klandra detsamma (jfr prop. 1986/87:7 s. 140).

Det sagda gäller emellertid som huvudprincip, dvs. undantag kan förekomma, och det är möjligen också så vissa tidigare uttalanden i förarbetena skall förstås (se SOU 1971:15 s. 246 och prop. 1975:103 s. 413). Det förhållandet att en aktieägare röstat för ett bolagsstämmobeslut behöver inte nödvändigtvis innebära att han helt förlorar rätten att – i undantagsfall – klandra beslutet. För det första kan det visa sig att aktieägarens ställningstagande påverkats av t.ex. vilseledande information eller eljest sådana förhållanden som motsvarar ogiltighetsgrunder i avtalsrättslig mening. Härvid måste man emellertid skilja mellan sådan information som lämnas av styrelsen eller annat bolagsorgan inför det särskilda bolagsstämmobeslutet, och information som aktieägare inhämtat från andra källor. Frågan om samtycke kan endast påverkas av den förstnämnda informationstypen. Om således en aktieägare röstar för ett beslut, därför att han av en annan aktieägare eller av tredje man, eller av massmedia, m.m. vilseletts därtill, får klanderrätten ändå anses vara förlorad. Även de avtalsrättsliga principerna om förklaringsmisstag, m.m. synes kunna bli analogivis tillämpliga, när aktieägaren röstat själv eller genom ombud. Allt som oftast torde man kunna räkna med att den avgivna rösten, eller avståendet från att rösta, är bindande som ett samtycke till beslutet. Om således en aktieägare eller hans ombud misstagit sig på beslutets innehåll, förutsättningarna för beslutet, eller felaktigt trott sig rösta emot beslutet, kan han normalt sett inte klandra beslutet på grund därav.

En speciell situation behandlas av Johansson (Bolagsstämma s. 35 f.). Överfört på det sistgivna åskådningsexemplet i nästföregående avsnitt om kallelsebrister, skall enligt Johansson ett samtycke till beslutet om en riktad nyemission inte innebära, att aktieägaren i fråga är förhindrad från att klandra (eller föra talan om ogiltighet mot) beslutet, om han inte kände till eller bort känna till kallelsebristen vid beslutstillfället. Den röstande aktieägaren är visserligen *för* den riktade nyemissionen vid

beslutstillfället, men när han "får höra [den frånvarande aktieägarens] argumentation inser [han] att han borde röstat annorlunda än han gjort".

Det är emellertid knappast den frånvarande aktieägarens argumentationskraft som gör att den närvarande aktieägaren behåller klanderrätten, trots att han röstat för en riktad nyemission. Det är fastmera den omständigheten, att han varken kände till eller bort känna till kallelsebristen som sådan (se Johansson *op. cit.* s. 37). Det rationella i att låta en aktieägare klandra ett beslut som han röstat för eller eljest samtyckt till med hänvisning till att beslutet kringgärdats av formella brister, som har haft effekter på andra aktieägare (underlåten kallelse, brister i själva kallelsens innehåll, etc.), kan emellertid ifrågasättas. Om nu den närvarande aktieägaren i exemplet ovan röstar för en riktad nyemission, varför skulle han ha rätt att klandra beslutet endast på grund av att en annan aktieägare inte kallats, eller inte på ett tillräckligt sätt upplysts om beslutsärenden, etc.? Och varför skulle det avgörande bli om den närvarande aktieägaren känt till, bort känna till eller icke känt till kallelsebristen? Något besked i dessa frågor lämnar inte Johansson. Kan den närvarande aktieägaren med bibehållen trovärdighet hävda, att han skulle ha röstat annorlunda om han gjorts medveten om de formella felen?

Återigen måste här huvudprincipen anses vara, att en aktieägare är bunden vid sitt handlande på bolagsstämman oberoende av att formella felaktigheter förekommit. Endast i undantagsfall, t.ex. när aktieägaren övertygats om ett besluts riktighet med t.ex. en vilseledande hänvisning till att den frånvarande aktieägaren varit för beslutet (jfr det avtalsrättsliga sveket), kan klanderrätten få anses vara bibehållen. Resonemanget om att en aktieägare behåller sin klanderrätt, trots att han på bolagsstämman varit för ett beslut, men icke bort känna till att det funnits kallelsebrister som drabbat andra, frånvarande aktieägare, bär onekligen spår av Nials (*op. cit.* s 109) syn på *klanderrätten* som en slags "organbefogenhet". Betraktar man däremot klanderrätten som en individuell rättighet, finns knappast skäl att låta en aktieägare behålla klanderrätten i det nämnda exemplet, i synnerhet när de formella felaktigheterna inte drabbar honom utan blott andra aktieägare.

Det sagda innebär att en klanderrätt är individuellt grundad. När en aktieägare röstar för ett beslut eller avstår från att rösta, har han också

samtyckt till beslutet. Endast genom en röst emot ett beslut, uteblir samtycke. Ett samtycke till ett beslut får i regel också konsumera eventuella formella felaktigheter som beslutet föregåtts eller eljest kringgärdats av. Endast i undantagsfall med åberopande av avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder (analogivis) kan denna huvudprincip brytas igenom.

Ett samtycke kan givetvis också inhämtas i efterhand genom ett uttryckligt godkännande från en aktieägare, vanligen genom en påskrift på ett bolagsstämmoprotokoll, i särskild handling eller på annat sätt. Givetvis är också ett muntligt samtycke bindande på angivet sätt. Ett konkludent samtycke kan sällan sägas vara för handen under den generella klanderfristen om tre månader. Det förhållandet t.ex. att en aktieägare inte har klandrat ett bolagsstämmobeslut några dagar före tremånadersfristens utgång, kan självfallet inte betecknas som ett konkludent samtycke till beslutet ifråga. Det ligger i själva klanderfristens konstitution, att först efter fristens utgång faller klanderrätten, inte på grund av konkludent samtycke utan på grund av klanderpreskription. Däremot kan mycket väl hända att en aktieägare konkludent samtycker till ett bolagsstämmobeslut genom att på ett eller annat sätt utan invändningar medverka i, påskynda eller eljest föranstalta om verkställigheten härav. Konkludent samtycke kan också föreligga om aktieägaren vid en senare bolagsstämma medverkar i beslut som förutsätter det tidigare, kontroversiella beslutet. Det är inte heller helt uteslutet att en bolagsstyrelse i ett följebrev till bolagsstämmoprotokollet till aktieägarna anmodar dessa att inkomma med invändningar inom en kortare tidrymd, vid äventyr eljest att klanderrätten går förlorad. Ett sådant förfarande är emellertid tvivelaktigt; innebörden härav är att klanderfristen utan samtliga aktieägares godkännande förkortas; åtgärden får antas förutsätta samtliga aktieägares uttryckliga godkännande.

Vad nu sagts om klander i ordinär mening gäller också sådana brister som föranleder nullitetsverkan enligt ABL 9:40, 2 och 3 p. Ett samtycke från en viss aktieägare enligt 2 p. i nämnda stadgande kan således ges såväl uttryckligen som konkludent. Det kan ges före, under eller efter bolagsstämman, i sistnämnda hänseende genom inhämtande av ett godkännande, eller genom aktieägarens konkludenta handlande. Även de "extrema" fallen av kallelsebrister som grundar nullitet enligt 3 p. kan

"läkas" genom samtycke av nämnt slag. Av kausalitetsprincipen, som skall behandlas omedelbart nedan, följer dessutom, att det inte alltid är nödvändigt att samtliga aktieägare genom sitt godkännande botar ett kallelsefel enligt 3 p.; om endast en mindre grupp aktieägare är emot ett beslut på grund av kallelsefel, eller över huvud inte blivit underrättade om en bolagsstämma, kan ett bolagsstämmobeslut ändå bli gällande på grund av att kausalitetskravet inte uppfyllts.

9. Kausalitetsprincipen

Kausalitetsprincipen är tillämplig vid klander enligt huvudregeln och vid nullitetsverkan i fall av allvarliga kallelsebrister (eller eventuellt andra allvarliga, formella fel, se ovan). Den kan knappast bli tillämplig i de övriga nullitetsfallen. Innebörden av principen är, att ett fel som har förekommit i samband med bolagsstämma inte skall göra ett bolagsstämmobeslut ogiltigt, om felet saknat betydelse för beslutets tillkomst eller utformning.

Det har i lagförarbetena och i doktrinen frekvent förespråkats, att en förutsättning för att ett bolagsstämmobeslut skall förklaras vara ogiltigt skall vara, att det fel som har förekommit i något avseende haft betydelse för bolagsstämmobeslutet, dess tillkomst, innehåll, utformning, etc. I sin monografi, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut (s. 10 ff.), framhöll Nial tidigt, att "om ett begånget fel bevisas eller måste antagas vara utan betydelse för beslutet, detta är att betrakta såsom giltigt". Bland flera exempel nämner Nial det fallet, att när en person givits rätt att rösta för felaktigt antal aktier, skall där felaktigheten inte kunna inverka på beslutet, detta ändå bli gällande. Detsamma gäller i det fallet där en kallelse till en stämma icke skett på föreskrivet sätt, men alla aktieägare trots felet bevisligen i rätt tid på annat sätt erhållit säker kännedom om stämman och om de ärenden som skall behandlas på densamma. Under sådana förhållanden saknas anledning att låta felet inverka på beslutets giltighet. Saken skall bedömas enahanda i det fall en aktieägare på grund av t.ex. tvång, svek eller misstag röstat med avvikelse från hans egentliga vilja, förutsatt att bolagsstäm-

mobeslutet skulle ha fått samma innehåll, även om den egentliga "viljan" kommit till uttryck vid omröstningen. Annorlunda förhåller det sig emellertid enligt Nial här en kallelse icke skett "i behörig tid" före stämman eller utan "behörigt angivande av vad som skall förekomma å stämman". Motivet härtill anges av Nial vara, att föreskrifter om kallelsetid och kallelsens innehåll har till uppgift att skydda aktieägare mot överrumpling; formella fel av det angivna slaget kan ha förorsakat, att dessa aktieägare icke hunnit "genomtänka saken". En annan sak är sedan att felet kan "botas" genom samtliga aktieägares efterföljande samtycke.

Liknande tankegångar återkommer i förarbetena till 1975 års ABL (SOU 1971:15 s. 248 och prop. 1975:103 s. 401 och 417). Senast synes frågan ha behandlats i svensk rätt av Johansson (Bolagsstämma s. 37 ff.). Johanssons komparativa undersökning visar, att kausalitetsprincipen är mer eller mindre tillämplig i samtliga jämförbara rättsområden. Johanssons egen ståndpunkt i frågan är emellertid något vacklande. Å ena sidan understryker Johansson den gängse uppfattningen, att formella brister inte inverkar på giltigheten av bolagsstämmobeslut, om det är tydligt att den ifrågavarande bristen saknar betydelse för beslutets utformning (*op. cit.* s. 37, vilket uttalande upprepas på s. 40). Å andra sidan framhåller Johansson reservationsvis, att ur en "strikt principiell synvinkel" redan det förhållandet att en aktieägare inte erhållit en korrekt kallelse till en bolagsstämma borde föranleda bifall till en klandertalan, dvs. ogiltigförklaring av de bolagsstämmobeslut som fattats på bolagsstämman ifråga. Det skulle därmed vara tillfyllest att en enda av ett stort antal aktieägare väcker en sådan klandertalan. Motiveringen härtill är enligt Johansson, att om "aktieägaren ifråga hade erhållit korrekt kallelse hade han kunnat vara närvarande vid stämman och där argumentera för sin ståndpunkt", och genom själva argumentationen hade han kunnat "förmå ytterligare aktieägare att ändra inställning", och därmed ge beslutet ett annat innehåll.

Denna kluvenhet illustrerar väl kausalitetsproblematikens kärna. Om endast en minoritet, vars röster nominellt eller relativt sett inte kunnat ändra på utgången av ett omröstningsförfarande, träffats av en formell brist, borde en klandertalan av denna minoritet inte kunna leda till

beslutets ogiltighet. Mot det sagda skall möjligtvis vägas minoritetens faktiska förmåga att genom sakargument etc. övertyga så många andra aktieägare, att minoriteten kunnat vändas till en majoritet, om minoritetens blott givits tillfälle därtill.

Det berörda betraktelsesättet förutsätter emellertid att aktieägarminoriteten ifråga på grund av en kallelsebrist överhuvudtaget inte kunnat medverka på bolagsstämman eller icke givits tid att förbereda sin ståndpunkt inför bolagsstämman. Om minoriteten i stället deltagit på bolagsstämman och där argumenterat för sin ståndpunkt, och därtill givits tillräcklig tid att förbereda denna, synes argumentet, att minoriteten utan formfel hade kunnat övertala så många andra aktieägare att en tillräcklig majoritet hade bildats för att omkullkasta bolagsstämmobeslutet (i det följande "övertygandeargumentet"), inte kunna vinna beaktande. Men även i det fallet där en minoritet inte kunnat deltaga på grund av ett formfel, borde formfelet inte kunna leda till ett bolagsstämmobesluts ogiltighet, om minoriteten är alltför obetydlig i förhållande till vad som erfordras för majoritet och beslut i annan riktning. Om således endast 10 % av aktieägarna i ett bolag träffats av formfelet, och på bolagsstämman med absolut majoritet (motsvarande t.ex. 40–50 % av samtliga aktieägare) röstats för ett bolagsstämmobeslut, kan knappast övertygandeargumentet leda till en slutsats om att beslutet bör vara ogiltigt. Undantagsvis kan emellertid förekomma, att den frånvarande minoritetens argument baseras på helt ny information, som inte varit tillgänglig för den närvarande majoriteten. Utgången kan därför bli en annan om det kan visas, att majoriteten hade kunnat övertygas om en annan uppfattning på grundval av denna information. Det förhållandet att enstaka frånvarande minoritetsrepresentanter varit utrustade med en särpräglad övertygelseförmåga i kraft av auktoritet, kompetens, etc. torde, dock ytterst sällan kunna leda till annat resultat. Det synes naturligt att *bevisbördan* för att det föreligger en här omtalad kausalitet får anses åvila den som så påstår. Tillgänglig, men knapphändig rättspraxis synes bekräfta denna bevisbörderegel (se NJA 1936 s. 684, NJA 1939 A 136, Svea hovrätts beslut av den 24 augusti 1988 i mål nr Ö 1849/88 och nordisk rättspraxis, som i korthet refereras av Johansson *op. cit.* s. 37 ff.).

I sammanhanget bör vidare beaktas sambandet mellan kausalitetsproblematiken och den ovan berörda samtyckesfrågan. Antas t.ex. att det kallats till bolagsstämma i ett aktiebolag med några dagars försening, men de flesta aktieägare ändå är närvarande på stämman och med en klar majoritet röstar för en rad beslut därpå, uppkommer frågan primärt, om en närvarande minoritet genom klander kan få besluten ogiltigförklarade med hänsyn till den sena kallelsen. Enligt vad som framgått ovan synes Nials ståndpunkt vara, att ett sådant formellt fel endast kan "botas" genom *samtliga* aktieägares samtycke. Av den kontext som denna ståndpunkt kommit till uttryck i framgår, att enligt Nials uppfattning det är tillfyllest att en enda aktieägare klandrar besluten för att samtliga skall bli ogiltiga. Huruvida aktieägaren varit närvarande eller icke på bolagsstämman skulle härvid sakna betydelse. En sådan ordning framgår enligt Nial av ändamålet med föreskrifterna om kallelsetid, nämligen att hindra överrumplingsbeslut.

Ståndpunkten förefaller emellertid vara väl formalistisk. Varför denna formregel jämte vissa andra av Nial särskilt behandlade formföreskrifter skulle skilja sig från andra i här omdiskuterat hänseende, belyses inte av Nial på annat sätt än med hänvisning till föreskrifternas ovan berörda skyddssyfte. Att formreglerna kring en bolagsstämma primärt avser att skydda aktieägarna på olika sätt kan knappast betvivlas. Men att det specifika skyddssyftet för bestämmelsen om kallelsefrist skulle helt neutralisera kausalitetsprincipen synes omotiverat. En sak är att de på bolagsstämman närvarande aktieägare, som röstat *för* besluten ifråga, måste anses ha uttryckligen eller konkludent därmed ha avstått från klanderrätten i vad avser formfelet och att övriga aktieägare bibehållits rätten till klander. En helt annan sak är att med en tillämpning av kausalitetsprincipen konstatera, att minoriteten genom en rättidig kallelse eller närvaro på bolagsstämman hade kunnat förhindra majoritetsbesluten. Enligt min mening måste kausalitetsprincipen äga tillämpning även i sådana fall av kallelsebrister.

Om således formfelet inte kunnat "botas" genom att samtliga aktieägare samtyckt härtill, genom vilket samtycke klanderrätten beträffande formfelet helt undanröjs, återstår trots allt frågan om så många aktieägare röstat för det klandrade beslutet oaktat formfelet, att formfelet där-

med får anses ha saknat betydelse för beslutets tillkomst och utformning. Kausalitetsprincipen bör således ges tilllämpning oberoende av det formella felets karaktär. Enligt lagförarbetena till 1975 års lag (SOU 1971:15 s. 248 och prop. 1975:103 s. 401 och 417) *skall t.o.m. sådana formfel som leder till nullitet* underkastas en sådan kausalitetsprövning: "I fråga om formella fel anmärks att de ej gör beslutet ogiltigt eller klanderbart om det är tydligt att felet ej inverkar på beslutet". Däremot står klart att kausalitetsprincipen icke är tillämplig i de övriga nullitetsfallen, eftersom de rör beslut i strid med tvingande bestämmelser eller en i bolagsordningen eller ABL föreskriven vetorätt (se härom ovan).

Vad nu sagts om kausalitetsprincipens tillämplighet vid kallelsebrister bör även gälla kallelsens innehåll, såvitt t.ex. gäller de beslut som skall fattas på bolagsstämman, dagordning, etc. (se ABL 9:15), samt andra bestämmelser om information till aktieägarna före eller under bolagsstämman (se t.ex. ABL 9:16 och ABL 4:4). Följaktligen skall också bestämmelsen i ABL 9:17 om fel i kallelse m.m. tolkas mot bakgrund av de ovan skisserade samtyckes- och kausalitetsprinciperna. Enligt stadgandet får en bolagsstämma inte besluta i ett ärende, om det förekommit fel av ovan nämnt slag, såvida icke de aktieägare som berörs av felet samtyckt härtill. Stadgandet skall sålunda tolkas mot bakgrund av vad som blir rättsföljden , om bolagsstämman ändå väljer att besluta i ett sådant ärende. Beslutet kan klandras och i undantagsfall utgöra en nullitet enligt ABL 9:39–40, eftersom det icke tillkommit i behörig ordning. Någon annan betydelse kan knappast stadgandet i ABL 9:17 tillerkännas. Det sagda ligger också i linje med vad som uttalats i lagförarbetena (SOU 1971:15 s. 233 ff. och prop. 1975:103 s. 400 ff.). Alltså gäller också beträffande tillämpningen av detta stadgande, att såväl samtyckes- som kausalitetsprincipen skall beaktas (jfr SOU 1971:15 s. 234 f.).

Som så ofta eljest lämnas av lagstiftaren till "rättstillämpningen" att närmare avgränsa kausalitetsprincipens tillämpningsområde. Vad som skall gälla i det enskilda fallet kan inte med säkerhet förutses. Om exemplet varieras så att kallelsefristen inskränks till en enda dag, kan visserligen formfelet betraktas som allvarligt, men om en tillräckligt stor majoritet av aktieägarna ändå infinner sig på bolagsstämman och

röstar för de i dagordningen upptagna och föreslagna besluten, synes en obetydlig minoritet av aktieägare ha små möjligheter att vinna framgång med en klandertalan. Men antas att en bolagsstämma hålls med mycket kort varsel, utan att det i en kallelse anges dagordning, etc., borde i ett sådant fall ändå icke kausalitetsprincipen åsidosättas till förmån för en rätt för varje aktieägare att få besluten på bolagsstämman ogiltigförklarade? Såsom regelsystemet är utformat, med de remedier som tillhandahålls i ABL 9:39–40, måste svaret bli, att inte ens i ett sådant fall en obetydlig minoritet kan genom klandertalan (eller nullitetstalan) få till stånd en ogiltighetsförklaring. Felet måste enligt kausalitetsprincipen såväl kvalitativt som kvantitativt ha varit av den digniteten att det haft betydelse för beslutets tillkomst och utformning.

Har en tillräcklig majoritet (med god marginal) valt att bortse från formfelet, ger klanderrätten eller den ifrågavarande nullitetsbestämmelsen inte minoriteten någon annan utväg på grund av kausalitetsprincipen än att väcka talan mot bolagets styrelseledamöter eller verkställande ledning om skadestånd. (En på grund av formfel orsakad skada synes emellertid svår att visa.) Den fråga som en domstol i fall av klander eller nullitet måste ställa sig vid tillämpning av kausalitetsprincipen är, om den minoritet som träffats av ett formfel och som inte samtyckt till att bortse från detsamma, är tillräckligt betydande för att genom sitt inflytande ha kunnat påverka bolagsstämman att fatta ett annat beslut. Är det tydligt eller uppenbart att en sådan minoritet inte hade kunnat påverka beslutet, skall en tillämpning av kausalitetsprincipen leda till att beslutet står fast.

10. Klanderpreskription och passivitetsverkan

Enligt huvudregeln är klanderfristen tre månader från den bolagsstämma, på vilket det klandrade beslutet fattades. För beslut innebärande godkännande av fusionsplan har enligt ABL 14:30 klanderfristen utsträckts till 6 månader. Såsom framgår av ABL 9:40 (jfrt med ABL 14:30), går rätten till klandertalan förlorad, om talan inte väcks inom klanderfristen. Ett bolagsstämmobeslut som klandras inom klanderfris-

ten kan emellertid verkställas genast, och om det inte är verkställbart utan registrering, kan registrering normalt ske. (Om registreringshinder, inhibition, etc. se nedan.) Vid klanderpreskription framgår emellertid enligt ABL, att hinder på grund av sådana omständigheter som kan föranleda klander icke längre föreligger (se ABL 18:4, 2 st.).

Klanderbestämmelserna ger emellertid intrycket av att motsatsvis måste följa, att klanderfristen i de s.k. nullitetsfallen är evig. Detta kan visserligen i allmänhet sägas vara riktigt i det första nullitetsfallet, dvs, där ett bolagsstämmobeslut strider mot tvingande bestämmelser, men kan inte utan vidare utsträckas till att omfatta de övriga nullitetsfallen. Nullitetsbestämmelserna i ABL 9:40, 2 och 3 p. får ju enligt vad som ovan framgått anses ha tillkommit till skydd för aktieägarna (minoriteten). Beträffande dessa fall kan sägas, att viss tids passivitet kan leda till att rätten till talan går förlorad. En sådan *princip om passivitetsverkan* har också kommit till uttryck i lagförarbetena (se SOU 1971:15 s. 245 och prop. 1975:103 s. 412): Inte heller i nullitetsfallen kan (med undantag av brott mot tvingande regler) ogiltigheten alltid göras gällande hur länge som helst. En "längre tids passivitet" från aktieägarnas sida kan enligt "allmänna rättsregler" ha den verkan att de förlorar sin rätt att föra talan mot beslutet. Det *ratio* som ligger till grund för denna syn på passivitetsverkan är uppenbar: En ogiltigförklaring av ett bolagsstämmobeslut efter lång tid kan vara mycket skadlig för bolaget och dess intressenter (jfr SOU 1941:9 s. 557).

Inom ramen för lagstiftningsarbetet har tidigare förekommit förslag om varierande klandersfrister, alltefter hur allvarligt de materiella eller formella fel som förelupit får anses ha varit. I gällande rätt stipuleras i lagtexten uttryckligen endast två möjligheter, nämligen en klanderfrist om tre månader (alternativt sex månader enligt ABL 14:30) eller en i princip evig klanderfrist. När passivitetsverkan skall inträda i de nämnda nullitetsfallen är ytterst oklart. Enligt förarbetena skall, såsom nämnts ovan, frågan regleras av "allmänna rättsregler". Det är emellertid fortsatt omstritt om det överhuvudtaget existerar en allmän grundsats om passivitet inom civilrätten (se härom t.ex. Cervin, Om passivitet inom civilrätten, och Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin, Karlgren, Passivitet, Ramberg, Allmän avtalsrätt, 4 uppl.

s. 122 ff. med vidare hänvisning till en mycket omfattande litteratur om passivitetsbegreppet). Så mycket tycks stå klart, att det saknas en generell princip om att passivitet kan leda till avtalsbundenhet, men att enligt särskilda lagbestämmelser passivitet kan medföra avtalsbundenhet eller åtminstone bevisverkan (presumtionsverkan). Utanför det lagreglerade området har rättspraxis präglats av försiktighet vad gäller att låta passivitet leda till avtalsbundenhet, bevisverkan eller rättsförluster (se Ramberg *op. cit.* s. 124. Se om passivitet beträffande påkallandet av bodelningsförfarande, NJA 1993 s. 570 och vid entreprenad Högsta domstolens dom av den 16 december 2002 T 4406-01).

Behandlingen av rättsverkan av passivitet i den rättsvetenskapliga doktrinen har hitintills haft en mycket stark anknytning till den centrala obligationsrätten (avtals-, köp- och kommissionslagen samt växel- och checkrätten och näraliggande rättsområden). De försök till att formulera allmänna rättsregler om passivitetsverkan utanför det sålunda lagstadgande området som har förekommit, har allt som oftast vilat på försiktiga analogier från det lagstadgade området (se främst Cervin, Om passivitet inom civilrätten och Karlgren, Passivitet. Karlgrens kapitel IX i sistnämnda monografi utgör en god illustration på det anförda). Såvitt kan överblickas, har passivitetsverkan inom ABL överhuvudtaget inte utretts. Det begränsat antal hållpunkter som ges för utformningen av en grundsats om passivitetsverkan inom aktiebolagsrätten är möjligen de allmänna överväganden som bildat det mycket bräckliga fundamentet för principer härom inom andra rättsområden.

Det uppenbara hinder som möter vid försöket att utarbeta en sådan allmän rättsregel för de ifrågavarande nullitetsfallen är, att det för de övriga fallen av klander (som icke utgör nullitetsfall) uttryckligen stadgas en klanderfrist om tre månader, och att sålunda motsatsvis borde följa, att i samtliga nullitetsfall kan talan väckas helt utan tidsbegränsning. Denna utgångspunkt skall visserligen väga tungt i en slutbedömning, men skall icke tillerkännas avgörande betydelse. Redan det förhållandet att det i lagförarbetena indikeras, att talerätten kan förloras vid passivitet, är ägnat att mana till försiktighet vid sådana motsatsslut.

Härvid framträder intresset av att bolaget inte skadas på grund av en talan och ett domstolsavgörande långt efter det att bolaget inrättat sig

efter ett bolagsstämmobeslut. Mot detta skall vägas den enskilde aktieägarens intresse av att göra gällande sina rättigheter, dvs. aktieägarintresset. Antas t.ex. att på grund av ett rent förbiseende ca. 20 % av aktieägarna i ett bolag inte kallats till bolagsstämma för att där besluta om en riktad nyemission, men att sedan beslut härom ändå fattats, och antas vidare att samtliga aktieägare delgivits beslutsprotokoll härom, varför också samtliga aktieägare bibringats faktisk kännedom om emissionsbeslutet, vilket objektivt, berättigat intresse har några enskilda aktieägare av de 20 % som ej kallades till bolagsstämman av att t.ex. ett år efter bolagsstämmobeslutet väcka talan däremot och få beslutet ogiltigförklarat? Skaderiskerna för bolaget är tydliga. Detsamma gäller inslaget av spekulation: Ofta drivs den enskilde aktieägaren, som vill göra gällande sina rättigheter i ett fall som detta, av högst individuella vinstintressen, som tidoptimerats (i allmänhet intresset för att tvinga majoriteten att lösa in minoritetsaktierna till ett förmånligt pris). Ett sådant intresse kan visserligen vara högst legitimt, men tillhör knappast de intressen som motiverat de ifrågavarande nullitetsbestämmelserna och avsaknaden av klanderfrist.

I det förhållandet att i nullitetsfallen saknas en lagstadgad klanderfrist avspeglas självfallet en intresseavvägning till förmån för de förfördelade aktieägarna. Samtidigt kan det med den inom passivitetsläran begagnade terminologin (se t.ex. Cervin, Passivitetsspörsmålet i senare nordisk praxis och doktrin s. 90 ff. med vidare hänvisning till nordisk doktrin) hävdas, att det allteftersom det passerat tid efter bolagsstämmobeslutet successivt sker en *intresseförskjutning* till förmån för bolaget och samtliga dess ägare. Svårigheten med att lägga en sådan "abstrakt faktor" (se Cervin , Om passivitet inom civilrätten s. 234 ff.) till grund för en princip om passivitetsverkan i förevarande sammanhang är blott alltför tydlig, särskilt som inträdet av passivitetsverkan inte går att tidsbestämma. Som ett komplement till en sådan "abstrakt faktor" skulle man kunna laborera med en avtalsfiktion, innebärande en avtalsgrundad skyldighet för de förfördelade minoritetsaktieägarna att inom skälig tid väcka nullitetstalan. Nackdelen med sådana avtalsfiktioner är just att de är fiktioner utan tillräcklig rättslig förankring i avsaknad av aktieägaravtal el. dyl. Det skulle också kunna göras gällande, att det finns en

mera allmän, associationsrättslig lojalitetsplikt med innebörd att aktieägarna måste vara lojala mot bolaget och icke drivas i alltför stor utsträckning av personliga vinstintressen eller handla chikanöst (en annan "abstrakt faktor" omnämnd av Cervin, *op. cit.* s. 239 ff.) mot bolaget eller eljest spekulera i bolagets skada (jfr. Nial, *op. cit.* s. 9 f. med fotnot 6). Sådana väsentligt abstraherade överväganden skulle måhända utmynna i en form av aktivitetsplikt för de förfördelade aktieägarna eller möjligen en slutsats om att en längre tids passivitet skall ses som en viljeförklaring och accept (jfr Cervin *op. cit.* s. 176). Problemet med tidsbestämningen kvarstår emellertid. En utgångspunkt för tidsbestämningen måste med säkerhet vara, att de förfördelade aktieägarna vunnit kunskap om nullitetsgrunden ifråga, eller i vart fall borde ha vunnit sådan kunskap. Utan sådan kunskap kan knappast någon aktivitetsplikt utlösas.

De allmänna rättsregler om passivitet, till vilka lagförarbetena hänvisar, är följaktligen tämligen abstrakta och dunkla. För det fall passivitet skall ges rättsverkan, vilket förordas, blir tidsbestämningen godtycklig. En prognos så god som någon är väl att en passivitetstid längre än sex månader (men kanske inte mer än tolv) torde krävas från tidpunkten för nyssnämnd kunskap om nullitetsgrunden.

I beaktande av de nu omtalade svårigheterna med tillämpningen av den s.k. passivitetsläran i svensk rätt är det uppenbart att *de lege ferenda* en lagstadgad klanderfrist är att föredra framför ett i högsta grad oklart rättsläge. Om sedan denna klanderfrist fastställs till att vara väsentligt längre än den allmänna klanderfristen, kanske dubbelt så lång eller mer därtill, må lämnas öppet (och är måhända mindre väsentligt).

11. Klanderrätt och klandertalan

Rätten att föra talan om klander tillkommer varje aktieägare, styrelsen som kollektiv, varje enskild styrelseledamot och den verkställande direktören. Klandertalan skall föras mot bolaget. Talan skall gå ut på att ändra eller upphäva ett bolagsstämmobeslut. En dom genom vilken ett bolagsstämmobeslut upphävs eller ändras gäller för samtliga aktieä-

gare, även för dem som icke väckt klandertalan. För det fall styrelsen vill väcka talan mot bolaget, skall en bolagsstämma sammankallas för val av ställföreträdare, som skall föra bolagets talan i tvisten. En klandertalan skall väckas i allmän domstol, om icke i bolagsordningen stipulerats, att klandertvisten skall hänskjutas till skiljenämnd.

I allmänhet torde frågan om vem som är berättigad att klandra ett bolagsstämmobeslut inte föranleda några svårigheter. I undantagsfall kan emellertid fråga uppkomma om käranden är legitimerad. Så t.ex. förutsätts, att saklegitimationen är bestående genom klanderprocessen: En styrelseledamot, verkställande direktör eller aktieägare skall således inte endast ha denna status vid tidpunkten för klandertalans inledande, utan behålla densamma genom hela klanderprocessen. Däremot saknar det betydelse vilken status den klandrande personen hade vid det klandrade beslutets tillkomst.

Det sagda innebär t.ex. att om en styrelseledamot i ett aktiebolag, som inte var ledamot vid tidpunkten för bolagsstämmobeslutet, men vid tidpunkten för klandret av detsamma, ett fullföljande av klanderprocessen förutsätter, att styrelseledamoten behåller sin position som sådan. För aktieägare gäller på motsvarande sätt, att en överlåtelse av hela aktieinnehavet innebär att rätten att föra klandertalan upphör. En annan sak är sedan att förvärvaren av aktierna kan genom partssuccession inträda i klanderprocessen. Ett undantag berörs av Nial (*op. cit.* s. 107) för det fallet en styrelseledamot entledigats genom ett bolagsstämmobeslut: Ett sådant beslut måste ledamoten kunna klandra på *formella* grunder.

Frågan om en person är aktieägare vid en viss given tidpunkt får avgöras enligt allmänna regler härom. Beträffande de taleberättigade bolagsorganen kan tilläggas, att en styrelsesuppleant enligt ABL 8:2 och en likvidator enligt 13:29 också ges talerätt.

I den processrättsliga doktrinen har på goda grunder gjorts gällande, att frågan om klander*tale*rätt skall prövas *ex officio* av de allmänna domstolarna (eller i förekommande fall skiljedomstol, se bl.a. Ekelöf, Rättegång II, 8 uppl. s. 78 f. avsnitt § 12.3. A.). Avgörande synes vara att till skillnad från förmögenhetsrättsliga tvistemål i allmänhet, tillkommer inte dispositionsrätten över ett stämmobeslut upphävande eller ändring, etc. parterna i klanderprocessen. Det är svårt att föreställa

sig att ett förlikningsavtal mellan parterna eller ensidiga medgivanden i processen kan – oavsett innehåll eller innebörd – ges full verkan. Ett sådant avtal kan knappast påverka det klandrade bolagsstämmobeslutet på annat sätt än att det består eller upphävs; de kan ej heller påverka andra taleberättigades rätt att klandra beslutet och en domstols på grund av sådan klandertalan upphävande eller ändring av beslutet. Främst framhålls behovet av att skydda frånvarande aktieägare, dvs. de som ej deltagit i klanderprocessen, mot att klandertalan förs av sådana som ej är taleberättigade, eftersom de frånvarande aktieägarna är bundna av en dom genom vilken ett bolagsstämmobeslut upphävs eller ändras. Mot det anförda kan emellertid invändas, att aktieägarna redan ges ett skydd i ABL: Om styrelsen, som företräder bolaget i klanderprocessen, genom passivitet, oförmåga, vårdslöshet, etc. ej i tillräcklig grad tillgodoser bolagets intressen och detta leder till ett upphävande eller en ändring av ett felfritt stämmobeslut, kan en skadeståndsskyldighet aktualiseras enligt bestämmelserna härom i ABL 15 kap. (Jfr med förhållandena i en klanderprocess, där talan väckts av någon som har talerätt; även här kan styrelsens dispositioner i olika avseenden under processens gång leda till samma resultat med verkan för övriga, frånvarande aktieägare, se Nial *op. cit.* s. 117 med fotnot 215.) Ståndpunkten om en *ex officio* prövning av talerättsfrågan är således inte självklar. I beaktande av att en klandertvist kan underkastas ett skiljeförfarande och sålunda utgör en sådan tvist som parterna kan träffa förlikning om, synes officialprövningen i en klandertvist inte kunna bli en annan än i tvistemål i allmänhet. Sådan tycks i vart fall lagstiftarens (dvs. i förhållande till ABL) inställning vara.

Befinns den klandrande parten sakna talerätt, skall talan avvisas. I motsatt fall kan talan antingen bifallas eller ogillas. (Härvid bortses från avskrivning, m.m. vid återkallande.) Talerättsfrågan är av formell natur och i princip oberoende av den materiella grunden för klandertalan. Det förhållandet att den klandrande parten röstat för det klandrade bolagsstämmobeslutet är följaktligen inte ägnat att beröva parten talerätten. Däremot kan givetvis den klandrades röst för ett bolagsstämmobeslut leda till att talan ogillas. Om så t.ex. ett formellt fel kan övervinnas (botas) genom att samtliga aktieägare (enhälligt) röstar härför, kan vis-

serligen en av dessa aktieägare fortfarande väcka klandertalan och denna liksom övriga aktieägare bevara talerätten; förhållandet torde dock inte kunna leda till att bolagsstämmobeslutet upphävs eller ändras. På samma sätt gäller vid materiella fel, att sådana inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt kan botas genom aktieägarnas medgivande: Om så t.ex. ett bolagsstämmobeslut innebär ett åsidosättande av likhetsgrundsatsen, men beslutet fattats av samtliga bolagets aktieägare enhälligt, har aktieägarna visserligen inte förlorat sin talerätt i formell mening, men deras talan om upphävande eller ändring av beslutet torde inte kunna bifallas. Utgången i NJA 1932 s. 243 är helt förenlig härmed (jfr Nial *op. cit.* s. 110 med fotnot 196). I målet ogillades en aktieägares talan med hänsyn till att han röstat för ett enhälligt och till grund för övriga, också klandrade bolagsstämmobeslut liggande beslut om röstlängden. Den ifrågavarande aktieägarens röst för röstlängden (i vart fall reserverade sig inte aktieägaren mot beslutet härom) påverkade inte aktieägarens talerätt i och för sig utan endast hans möjligheter att vinna framgång med en talan om upphävandet av detta och andra bolagsstämmobeslut. Emot det sagda skulle visserligen kunna anföras, att bolaget i målet inte gjorde gällande bristande talerätt mot bakgrund av det enhälliga röstlängdsbeslutet och övriga omständigheter, men det förefaller likväl osannolikt, eller t.o.m. uteslutet, att talerätten skulle påverkas av sådana omständigheter.

Den princip som enligt Nial (*op. cit.* s. 110) skall upprätthållas, att "*varje* aktieägare kan klandra om *någon* kan det", kan därför lätt missuppfattas och bör modifieras till att lyda enligt följande: Varje aktieägare har rätt att klandra ett bolagsstämmobeslut, men förutsättningarna för framgång med talan kan påverkas av om han röstat för eller emot beslutet ifråga; har emellertid någon aktieägare röstat emot beslutet, kan klandret leda till upphävande eller ändring av beslutet. Detta är väl också vad Nial har låtit underförstå (jfr s. 54): "[Ä]ven den som röstat för ett beslut kan klandra det på en föreliggande klanderanledning". (Fotnot utelämnad.)

I sagda avsnitt av Nials banbrytande verk om klander m.m. förefaller emellertid Nial inte själv fullständigt särskilja talerätten från "klanderanledningen". I avsnittet diskuterar Nial om en överenskommelse mel-

lan aktieägare kan ersätta bolagsstämmobeslut och om t.ex. ett bristfälligt beslut kan kompletteras genom samtycke. Om det antas att sådana överenskommelser är giltiga och bindande, utkristalliseras en särskild problematik: Antas t.ex. att en aktieägare, som röstat för ett visst beslut, klandrar detsamma. Såsom ovan konstaterats, medför aktieägarens ställningstagande vid omröstningen inte att *talerätten* går förlorad. Däremot skulle överenskommelsen med *andra* enskilda aktieägare, som röstat mot det klandrade beslutet, kunna leda till att den klandrande aktieägarens *grund* för klandret undermineras. Om så t.ex. klandergrunden är att beslutet står i strid med likhetsgrundsatsen, och samtliga de aktieägare som tidigare röstat mot beslutet eller varit frånvarande, eller av annat skäl inte tagit ställning, genom en överenskommelse ställer sig bakom beslutet, torde konsekvensen därav bli att klandergrunden elimineras. Likhetsgrundsatsen tillhör ju det dispositiva rättsområdet och kan genom samtycke mellan samtliga aktieägare brytas igenom.

I denna fråga är Nials ståndpunkt relativt rigid. Överenskommelser som träffas eller samtycke som ges efter tillkomsten av bolagsstämmobeslutet skall enligt Nial i princip icke tillmätas rättslig verkan. När ett bolagsstämmobeslut väl har fattats, skall giltigheten av detsamma bedömas med hänsyn till omständigheterna vid beslutets tillkomst, och icke efterföljande förhållanden: Ett "bolagsstämmobeslut är i förhållande till aktieägare *från början* antingen giltigt eller ogiltigt eller klanderbart" och "ett klanderbart beslut blir giltigt först i och med den vid en bestämd tidpunkt inträdande, mot alla gällande klanderpreskriptionen" (kursivering tillagd). Denna princip skall, såsom Nial uttrycker det, upprätthållas "i klarhetens intresse". Om en klandergrund skulle kunna elimineras genom en efterföljande överenskommelse mellan aktieägarna, skulle en *pågående* klanderprocess förhindras. För det fall en sådan överenskommelse uppnås efter det att klanderprocessen lett till en dom om upphävande av det klandrade beslutet, tillstöter ytterligare svårigheter.

Synsättet synes vara väl formalistiskt. Det må vara att i aktiebolag med stor aktiespridning det allt som oftast är ogörligt att uppnå efterhandsöverenskommelser eller införskaffa ett efterföljande samtycke. En sådan ordning är för bolag med många aktieägare opraktisk. Det övervägande flertalet av svenska aktiebolag har emellertid få aktieä-

gare. I sådana bolag borde en ordning, som gör det möjligt att i efterhand införskaffa godkännanden av aktieägare, som av olika skäl icke röstat för ett beslut, till och med av sådana aktieägare som inlett en klanderprocess, kunna säkerställas. Fråga är om att en aktieägare med olika åtgärder, uttryckliga eller konkludenta medgivanden, godkännanden, överenskommelser, etc. ansluter sig till bolagsstämmobeslutet och därmed avlägsnar den klandergrund som kan ha förelegat innan åtgärden vidtogs. Fråga är *icke* om att avstå från talerätten (se Nial s. 116, som framhåller, att "icke ens efter bolagsstämmobeslutets fattande torde ... en aktieägare kunna med bindande verkan avstå från klanderrätt"). De aktieägare som eventuellt röstat för ett bolagsstämmobeslut och som sedermera klandrat detsamma under förutsättning, att vissa, andra aktieägare av olika skäl icke röstat för beslutet, synes visserligen ha ansträngt sig förgäves, när dessa andra aktieägare i efterhand godkänner beslutet och därmed eliminerar klandergrunden. När den primära bevekelsegrunden för klandret inte är att man motsätter sig själva bolagsstämmobeslutet, utan att förutsättningen för det positiva ställningstagandet – att beslutet var oklanderligt – brustit, bör man dock måhända kalkylera med risken att klandergrunden inte överlever klanderprocessen. Ett alternativ till ett efterföljande samtycke av nu omtalat slag är att det kallas till extra bolagsstämma och det därvid fattas ett nytt beslut i samma ärende, men under iakttagande av tillämpliga formella och materiella krav. Skall i en sådan situation den klandrande aktieägaren kunna motsätta sig det nya beslutet endast av det skälet, att han väckt klandertalan mot bolaget på grund av det tidigare beslutet, vilket numera på grund av det nya beslutet icke äger giltighet? Vad skall själva klanderprocessen under sådana förhållanden tjäna för syfte och vad skall en eventuell efterföljande dom om upphävande av det tidigare beslutet fylla för funktion? En restpost i sammanhanget blir endast frågan om fördelningen av rättegångskostnaderna, vilken fråga får regleras enligt allmänna principer härom i rättegångsbalken.

För övrigt förefaller det med de ledtider som förekommer i förfaranden i allmänna domstolar i dessa dagar en smula verklighetsfrämmande att föreställa sig att en dom skulle ha avkunnats innan ett efterföljande samtycke till ett bolagsstämmobeslut ges enligt exemplet ovan. "Klar-

hetens intresse" skulle likaväl kunna gagnas genom en princip om att tidpunkten för klandertalans inledande eller meddelande av dom, etc. skulle vara avgörande för rättsverkan av efterföljande överenskommelser eller godkännanden. Än lämpligare är att viss, rimlig tid medges för inhämtande av samtycke i efterhand.

Det förhållandet att en aktieägare inte berövats sin rätt att klandra ett bolagsstämmobeslut endast av det skälet att han röstat för beslutet är enligt Nial en konsekvens av principen, att en aktieägare icke kan med bindande verkan avstå från klanderrätten. Att det förra följer av det senare tycks knappast kunna betvivlas. Premissen kan emellertid ifrågasättas. Enligt vilka grunder skall en aktieägare icke med bindande verkan kunna avstå från klanderrätten? Postulatet, att klanderrätten är "oupplösligt förenad med aktien" (se Nial s. 109), ger knappast någon vägledning i denna fråga: Det är förutsatt att endast ägaren av en aktie har talerätt och att samma ägare avstår från klanderrätten. Enligt Nial (s. 109) är det grundläggande, att klanderrätten är oberoende av individuellt intresse hos den klandrande. Det är ett utlopp för "en slags organbefogenhet" och får anses "tjäna gemensamma aktierättsliga syften", främst att "trygga en rättsenlig bolagsförvaltning". Samtidigt förfogar den klandrande aktieägaren över klanderprocessen såtillvida, att han genom olika åtgärder, passivitet, medgivande, återkallande, etc. kan förmå domstolen att ogilla klandertalan (jfr Nial s. 117). Sådana förhållanden påverkar i princip ej heller andra aktieägares klanderrätt (jfr Nial s. 121).

Säkerligen måste man vid prövningen av rättsverkan av ett avstående från klanderrätten närmare specificera i vad avståendet skall bestå. För det första borde det vara möjligt att från problemområdet utesluta ett avstående aktieägare emellan sedan tvist väl uppkommit. Ett förhandsavstående i formen av en begränsningsklausul i ett konsortialavtal torde emellertid på allmänna processrättsliga grunder icke ges samma verkan. En överenskommelse, enligt vilken part avhänder sig rätten att för framtiden få en tvist prövad av domstol, som samtidigt ej utgör ett skiljeavtal, anses nämligen sakna rättsverkan (se Bolding, Skiljedom s. 72, Welamson i SvJT 1953 s. 686 med vidare hänvisningar, samt senast Heuman, Skiljemannarätt s. 46 f. med fotnot 6. Se också NJA 1958

s. 654. Heuman framför emellertid tanken, att en sådan klausul av derogativ natur bör ges effekt, om den innehåller en rimlig tidsbegränsning). Rättsverkan av konsortialavtal innehållande begränsningar av klanderrätten sanktionerade av t.ex. vitesklausuler eller andra skadeståndsbestämmelser är dock outredd. Innebörden av den processrättsligt grundade principen är såvitt kan överblickas endast att derogationsklausuler av nyssnämnt slag icke kan grunda *avvisning* av talan. Av samma skäl torde det ej heller vara möjligt att med bindande verkan i bolagsordningen stipulera att aktieägarna (styrelsen eller verkställande direktören) skall förbinda sig att avstå från att klandra bolagsstämmobeslut.

Men Nial går längre än så (*op. cit.* s. 109 och 116). Enligt hans mening skall en aktieägare icke ens efter bolagsstämmobeslutets fattande med bindande verkan kunna avstå från klanderrätten (med hänvisning till klanderinstitutets karaktär av "organbefogenhet"). Det bör dock betonas, att den av Nial hävdade begränsningen endast avser avstående med verkan i förhållande till bolaget. Om således en eller flera aktieägare i ett avtal, där såväl bolaget som andra aktieägare är motparter, förbinder sig att avstå från att klandra ett visst bolagsstämmobeslut, borde avtalet i vart fall ges verkan de avtalande aktieägarna emellan såtillvida, att om klander sker i strid med avtalet, skadeståndsskyldighet, vitesklausul, etc. kan utlösas. Att ett sådant avtal icke binder andra, potentiellt klandrande aktieägare är självfallet en annan sak. Detsamma gäller det förhållandet att ett förlikningsavtal av det nämnda slaget icke kan vara ägnat att ändra eller upphäva det ifrågasatta bolagsstämmobeslutet (jfr Nial s. 116 f.). Emellertid är detta själva poängen med avståendet från klanderrätten, dvs. att bolagsstämmobeslutet skall bli bestående trots formella eller materiella fel, över vilka aktieägarna disponerar. Motivet för att en aktieägare icke gentemot bolaget *ex post* skall kunna avstå från klanderrätten är emellertid inte övertygande. För styrelsen, enskilda styrelseledamöter, verkställande direktören, etc. kan visserligen klanderinstitutet framstå som en organbefogenhet och ligga inom ramen för den allmänna vårdplikten. Styrelsen, etc., kan under vissa förhållanden vara skyldig att väcka klandertalan och måhända agera oaktsamt om den i avtal avstår från klanderrätten, vilken oaktsamhet därmed kan utlösa skadeståndsskyldighet. Detsamma gäller när sty-

relsen företräder bolaget i en klandertvist. En aktieägare har emellertid ingen sådan skyldighet eller vårdplikt och disponerar normalt helt över den klandertvist han initierat; en enskild aktieägare tillerkänns givetvis inte heller status av bolagsorgan.

Några rationella, aktiebolagsrättsliga skäl för att frånkänna ett förlikningsavtal, i vilket en aktieägare gentemot bolaget avstår från klanderrätten *in casu*, torde sålunda inte kunna formuleras. Om så t.ex. en aktieägare i ett sådant förlikningsavtal avstår från att klandra ett bolagsstämmobeslut, som enligt hans mening strider mot likhetsgrundsatsen, och avtalet dessutom kompenserar aktieägaren för olikabehandlingen, förefaller det svårt att inse varför avtalet inte kan ges full verkan mot en genom aktieägaren väckt klandertalan på samma grund.

12. Effekten av klandertalan

Ett bolagsstämmobeslut kan i princip verkställas omedelbart, om beslutet inte föreskriver annat. Undantag görs emellertid i ABL 9:35 för sådana beslut som skall anmälas för registrering (och från undantaget undantas de i ABL 18:6 reglerade fallen). För sådana bolagsstämmobeslut som enligt ABL skall registreras föreskrivs i ABL 18:4 en särskild ordning. Har beslutet inte tillkommit i behörig ordning, eller strider beslutet mot lag eller bolagsordning, etc., skall beslutet inte registreras. Efter klanderfristens utgång kan emellertid registrering ske, om inte PRV har särskilda skäl att antaga, att beslutet är en nullitet. En registrering av ett bolagsstämmobeslut skall således föregås av en legalitetsprövning i formellt och materiellt hänseende. PRV skall granska att beslut och annat som anmälan för registrering gäller är förenligt med ABL och bolagsordningen, etc. PRV skall också granska att beslutet inte har fått en avfattning som gör det i något viktigare hänseende otydligt eller vilseledande (se prop. 1975:103 s. 558 f.). Finner PRV vid sin granskning att ett beslut är behäftat med klandergrund, skall PRV avvakta med registreringen intill klanderfristens utgång. I praktiken torde PRV:s granskning ytterst sällan leda härtill. I nullitetsfallen skall registrering vägras. Erfar PRV att klandertalan väckts inom den stipule-

rade fristen, "bör" PRV i princip icke verkställa registrering förrän lagakraftvunnen dom avkunnats. En registrering av ett beslut är å andra sidan inte ägnad att förhindra klandertalan.

Såsom ovan berörts, kan en klandertalan i princip oskadliggöras genom att bolagsstämman efter klandertalans väckande fattar ett nytt beslut i samma ärende, men utan det formella eller materiella fel som eventuellt grundat klandertalan. I det nya beslutet kan föreskrivas, att det tidigare beslutet icke längre skall äga giltighet och ej heller verkställas. Därmed torde den väckta klandertalan vara ogrundad och föranleda ett ogillande av domstol. Vad som återstår att pröva i klanderprocessen är uteslutande frågan om fördelningen av rättegångskostnaderna och härvid är det fullt möjligt att bolaget i regel skall svara för sina och motpartens rättegångskostnader. Ett exempel härpå utgör en NJA 1922 s. 122 (se också Nial *op. cit.* s. 91, fotnot 151).

Genom bestämmelserna i rättegångsbalken 15 kap. (särskilt 15:3) ges den klandrande parten viss möjlighet att förhindra verkställighet av ett bolagsstämmobeslut. Förutsättningen härför är ett yrkande om interimistiskt verkställighetsförbud. Domstolens beslut om ett sådant förbud kan förenas med vite. Ett verkställighetsförbud skall emellertid vidare grundas på

1. att den sökande visar sannolika skäl för sin talan,
2. att den sökande gör antagligt, att motparten kommer att vidta en för sökanden skadlig åtgärd, som kan komma att sabotera den kommande domsverkställigheten (sabotagerisk), och
3. att sökanden ställer säkerhet hos domstolen för den skada som kan tillfogas motparten av verkställighetsförbudet (se RB 15:6).

Vid prövningen av ett yrkande om verkställighetsförbud skall effekterna av den sökta åtgärden vägas mot bolagets intresse av verkställighet och skadan av ett verkställighetsförbud, allt i enlighet med en form av proportionalitetsgrundsats (se NJA 1993 s. 182, prop. 1980/81:84 s. 230 och SOU 1995:44 s. 188). Finner domstolen att ett verkställighetsförbud kan medföra skada, skall enligt den tredje förutsättningen sökanden ställa säkerhet hos domstolen för skadan. I undantagsfall, där sökanden

saknar förmåga att ställa säkerhet och har visat synnerliga skäl till grund för sin talan, kan domstolen befria sökanden från säkerhetskravet. Kravet på en sådan säkerhet kan tvivelsutan påtagligt reducera intresset för att yrka verkställighetsförbud i många fall. De överväganden som förekommit om en mildring av detta säkerhetskrav (se SOU 1995:44 s. 188 ff.) har inte lett till någon lagändring, ej heller förslag till sådana i Lagförslaget.

Samtidigt som den klandrande parten ofta torde visa återhållsamhet vad gäller yrkanden om verkställighetsförbud (med hänsyn till den ovan påtalade risken att få svara för bolagets skada på grund av underlåten verkställighet), är möjligheterna att vid framgång med klandertalan (ofta med väsentlig tidsutdräkt) återföra förhållandena till vad som skulle ha gällt utan det bortklandrade beslutet begränsade. Det sagda balanseras emellertid i viss mån av att styrelsen exponerar sig för en skadeståndsrisk, om den verkställer ett bolagsstämmobeslut, trots att klandertalan väckts eller är på väg att väckas. Bolagets bästa kan dock i vissa fall fordra, att ett bolagsstämmobeslut verkställs oaktat en pågående klanderprocess (se härom Nial *op. cit.* s. 92 f.). När verkställigheten innebär att bolaget skall rikta rättshandlingar med bindande verkan mot tredje man, har styrelsen allt som oftast behörighet härför, om än inte alltid befogenhet. Vid avsaknad av befogenhet på grund av vad som föreskrivits i bolagsordning, av överordnat bolagsorgan, etc. (se ABL 8:35, 2 st. sista meningen) tillmäts enligt nu gällande bestämmelser motpartens onda tro ingen relevans. I den, måhända säregna situationen, där klandret avser val av styrelse, uppkommer i nyssnämnda perspektiv svårigheter med återgång av styrelsen för bolagets räkning och i bolagets namn vidtagna rättshandlingar, om klandertalan vinner framgång. Doktrinens ståndpunkt synes härvid vara, att styrelsen, som verkar på grundval av ett beslut som sedermera bortklandras, är behörig att företräda bolaget intill dess att en dom i klanderprocessen vunnit laga kraft (se Nial *op. cit.* s. 98 ff. med vidare hänvisningar). Det förhållandet att styrelsens befogenhet kan vara inskränkt på grund av den uppkomna situationen, eller efterföljande bolagsstämmoinstruktioner, hindrar ej i princip att rättshandlingen blir bindande för bolaget (eventuellt kan en

tillämpning av avtalslagens 36 § leda till ett annat resultat i fall av kollusion).

Vad ovan anförts gäller i princip, *mutatis mutandis*, klandertalan enligt ABL 14:30, men med än större accentuering av problematiken kring interimistiska verkställighetsförbud. För det fall rätten genom lagakraftvunnen dom bifallit en klandertalan enligt lagrummet, skall enligt dess andra stycke – sedan således en fusion förklarats ogiltig – fusionen gå åter, trots att fusionen avslutats, registrerats och överlåtande bolag till fullo upplösts. För förpliktelser som uppkommit efter fullbordandet av fusionen, men före offentliggörandet av ogiltigförklaringen, skall överlåtande och övertagande bolag svara solidariskt. Fusionsvederlaget skall återbäras och överlåtande bolags skulder och tillgångar återgå. Förarbetena till bestämmelser ifråga (prop. 1993/94:196 s. 198 ff.) låter ana, att det praktiska utfallet av en tillämpning av bestämmelsen är i högsta grad oklart. Tillämpningssvårigheterna kan förutses bli väsentliga.

VIII. Om vinstutdelning

1. Några allmänna utgångspunkter

Till de mest komplicerade regelkomplexen i aktiebolagsrätten hör det som avser vinstutdelning i aktiebolag och hithörande bestämmelser. Trots omfattande rättspraxis och diskussion i den aktiebolagsrättsliga doktrinen kvarstår sedan mycket länge en lång rad oklarheter. I ett arbete utgivet 1994 (Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet) försökte jag att formulera lösningar på många av de ouppklarade frågorna. Därefter (1995) har ytterligare monografier och kommentarer utgivits på området (se t.ex. Lindskog, Aktiebolagslagen. 12 och 13 kap. Kapitalskydd och likvidation, 2 uppl., Stockholm 1995, och Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, Uppsala 1995). Rättspraxis har dessutom utökats med ett antal högstadomstolsavgöranden (se t.ex. NJA 1995 s. 418, NJA 1995 s. 742, NJA 1997 s. 418 och NJA 1999 s. 426). Härtill har Aktiebolagskommittén utgivit ett delbetänkande om vinstutdelning i aktiebolag (SOU 1997:168), vilket förslag om vinstutdelningsbestämmelser i princip införlivats i Lagförslaget med vissa tillägg. I beaktande av denna rättsutveckling har jag funnit skäl att komplettera mitt tidigare utgivna arbete med följande anteckningar.

2. Terminologi

Terminologin vid behandlingen av vinstutdelningsfrågorna har länge varit vacklande och synes ännu ej ha vunnit önskvärd stadga. Det sedan länge begagnade begreppet "utbetalningsförbudet" vann utbredning genom Danielssons avhandling "Aktiekapitalet" (1952). Grundläggande däri var begreppsparet "tillskottsplikt" och "utbetalningsförbud". "Tillskottsplikten" avsåg skyldigheten vid bolagsbildningen och aktiekapitalökningen att tillskjuta härför avsedd egendom. "Utbetalningsförbudet" gällde förbudet att till aktieägarna (eller andra) vederlagsfritt utbetala (eller överföra) bolagets egendom i annan ordning än den som gällde för nedsättning av aktiekapital, vinstutdelning och utskiftning i samband med likvidation. Det är också detta utbetalningsförbud som utgjort kardinalbestämmelsen bland vinstutdelningsreglerna: I ABL 12:1, 1 st., stadgas alltjämt, att utbetalning till aktieägarna av bolagets medel får ske endast enligt bestämmelserna i denna lag om vinstutdelning, förvärv av egna aktier, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller överkursfonden och utskiftning vid bolags likvidation.

Svagheten med begreppet "utbetalningsförbudet" har varit, att det skall täcka långt mer än vad begreppet i förstone ger sken av. Med utbetalning har avsetts all överföring av egendom från bolaget till dess ägare, men mer än så: Alla affärshändelser (eller transaktioner) som innebär en minskning av bolagets tillgångar, eller *ökning av dess skulder*, till förmån för aktieägare *eller andra*, har avsetts att träffas av utbetalningsförbudet. Samtidigt antyder begreppet ett större tillämpningsområde än vad det i själva verket har gjort anspråk på: Utbetalningsförbudet omfattar endast utbetalningar (i vid mening) som är *vederlagsfria*, och i någon mening *avsiktligt* så (se härom vidare Nerep s. 54 ff. och Lindskog s. 19 ff.).

En ytterligare, immanent begränsning är att "utbetalningsförbudet" endast omfattar sådana utbetalningar som står i strid med bestämmelserna i ABL 6, 7, 12 och 13 kap. om nedsättning, förvärv av bolagets egna aktier, vinstutdelning och utskiftning i samband med likvidation. En vederlagsfri utbetalning innefattande t.ex. ett köp till överpris, för-

säljning till underpris, gåva, blandat köp, koncernbidrag, lån eller säkerhet, som inte är ett led i en nedsättning av aktiekapital, förvärv av egna aktier eller utskiftning i samband med likvidation, är således förbjuden endast om den står i strid med vinstutdelningsreglerna i ABL 12 kap. En sådan utbetalning betecknas som olovlig och vederlagsfri. En vinstutdelning som beslutas av ordinarie bolagsstämma i enlighet med begränsningsreglerna i ABL 12:2, efter iakttagande av belopps-, försiktighets- och sparandespärren, utgör självfallet också en vederlagsfri utbetalning, och är olovlig först när beslutet står i strid med sistnämnda spärregler.

I början av 1990-talet introducerade Lindskog en ny och fullt användbar terminologi. Istället för "vederlagsfri utbetalning" talade Lindskog om "kapitalanvändning". Beroende på om en sådan kapitalanvändning var förenlig med vinstutdelningsprinciperna i ABL 12 eller icke, var enligt Lindskog kapitalanvändningen lovlig eller olovlig. Den var "formenlig" respektive "icke formenlig" beroende på om den uppfyllde formkraven i ABL 12 kap. eller icke. Detta uttryckssätt hade den klara fördelen att det var adekvatare än det tidigare begagnade

Aktiebolagskommittén föreslår emellertid i betänkandet "Vinstutdelning i aktiebolag" (SOU 1997:168 s. 66 f.), att begreppet "utbetalning" ersätts med begreppet "värdeöverföring". Även detta begrepp är stringentare än utbetalningsbegreppet, men kan ändå inte betraktas som fullkomligt, eftersom det på samma sätt som uttrycket "utbetalning" och "kapitalanvändning" ger intrycket av att det förutsätts en aktiv utbetalning eller överföring av egendom, när i själva verket också bolagets vederlagsfria skuldökning (dvs. ökning av balansräkningens passivsida) omfattas av utbetalningsförbudet. Under alla förhållanden omfattar begreppet enligt Aktiebolagskommittén (se SOU 1997:168 s. 66 f.) varje värdeöverföring som icke är affärsmässigt betingad (dvs. som är vederlagsfri) och som medför att bolagets förmögenhet – direkt eller indirekt – minskar. Noga taget skall således begreppet "vederlagsfri utbetalning" ersättas med "vederlagsfri värdeöverföring".

Säkerligen är något av pedagogiskt värde vunnet med terminologiskiftet, men knappast något väsentligt. Motsvarigheten till "utbetalningsförbudet" tycks saknas (huruvida Aktiebolagskommittén föreställt

sig ett "värdeöverföringsförbud" är oklart). Däremot skulle motsvarigheten till olovlig (eller ogiltig) utbetalning – jfr "olovlig kapitalanvändning" – vara olaglig värdeöverföring. Begreppet "olaglig" förefaller adekvatare än det hittills använda "olovlig" (se även om begreppet "värdeöverföring" i Lagförslaget 14 kap. och i författningskommentaren SOU 2001:1 s. 354 ff.).

Med att en vederlagsfri utbetalning eller vinstutdelning är "förtäckt" har traditionellt avsetts, att beslutet härom (och eventuellt verkställigheten härav) icke har varit förenligt med formföreskrifterna i ABL 12:3 (eller ABL 12:6). Enligt samma terminologi har en sådan förtäckt vinstutdelning ansetts lovlig (laglig och giltig) om den varit förenlig med de materiella utdelningsbegränsningarna i ABL 12:2 (med iakttagande även av ABL 6:5, och ABL 12:4 om avsättning till reservfonden). Skillnad har härvid gjorts mellan de materiella och de formella utdelningsbegränsningarna. Lovligheten (lagligheten eller giltigheten) av den förtäckta vinstutdelningen har emellertid uteslutande hänförts till de materiella utdelningsbegränsningarna. Sådana förtäckta vinstutdelningar kan omfatta samtliga vederlagsfria utbetalningsformer, varvid utbetalningsadressat kan vara såväl aktieägare som annan. I Lagförslaget synes sådan förtäckt vinstutdelning upptas i 14:1, 5 p., och där omtalas som "annan affärshändelse, om den innebär att bolaget av annat än rent affärsmässiga skäl minskar sin förmögenhet". En förtäckt vinstutdelning är således i Lagförslaget definierad som en affärshändelse som innebär en icke affärsmässigt grundad förmögenhetsminskning för bolaget.

Med begreppet "affärshändelse" menas härvid detsamma som i bokföringslagen (1999:1978) 2 §, 1 st., 7 p., dvs. alla förändringar i storleken och sammansättningen av ett företags förmögenhet som beror på företagets ekonomiska relationer med omvärlden, såsom in- och utbetalningar, uppkomna fordringar och skulder samt egna tillskott till och uttag ur verksamheten av pengar, varor eller annat. Affärshändelsen skall leda till en förmögenhetsminskning. Slutligen skall affärshändelsen ha företagits av annat än rent affärsmässiga skäl. Den skall således vara helt eller delvis vederlagsfri. Det förhållandet att transaktionen är "förtäckt" ligger underförstått i begreppet affärshändelse: En reguljär

vinstutdelning i enlighet med ABL 12:3 är definitionsmässigt inte en sådan affärshändelse (eftersom denna skall bero på företagets ekonomiska relationer "med omvärlden", bokföringslagen 1:2, 7 p.).

I Lindskogs terminologi görs skillnad mellan *formenlig* och *icke formenlig* kapitalanvändning. En formenlig kapitalanvändning är en sådan som omtalas i ABL 12:1, 1 st., dvs. vinstutdelning, förvärv av egna aktier, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller överkursfonden och utskiftning vid bolagets likvidation, allt förutsatt att det sker enligt aktiebolagslagens (formella) bestämmelser härom. Den icke formenliga kapitalanvändningen följer inte nyssnämnda bestämmelser i aktiebolagslagen (i vart fall inte formföreskrifterna för den ifrågavarande kapitalanvändningen). Såväl den formenliga som den icke formenliga kapitalanvändningen begränsas av borgenärsskyddsreglerna. (En olovlig kapitalanvändning avser samtliga kapitalanvändningsformer, alltmedan en vinstutdelning som står i strid med ABL 12:2 är olovlig som en kapitalanvändningsform.) Begreppet "icke formenlig kapitalanvändning" är således avsett att motsvara den förtäckta vinstutdelningen. Eftersom vinstutdelningen är en av flera kapitalanvändningsformer, borde emellertid den förtäckta vinstutdelningen motsvaras av begreppet "icke formenlig vinstutdelning". För att vara lovlig skall en sådan vinstutdelning vara förenlig med ABL 12:2 (belopps- och försiktighetsspärren), under iakttagande av sparandespärren i ABL 12:4. Det förhållandet att den icke är formenlig följer av att den inte skett i enlighet med formföreskrifterna i ABL 12:3.

3. Om lovlig och olovlig, förtäckt (icke formenlig) vinstutdelning

Analysen i 1994 års arbete (Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet s. 189 ff.) gav vid handen, att formföreskrifterna i ABL 12 kap. om vinstutdelning är *dispositiva* bestämmelser. De materiella borgenärsskyddsbestämmelserna i ABL 12:2 är däremot tvingande. Slutsatsen härav är bl.a., att förtäckt (icke formenlig) vinstutdel-

ning kan vara såväl lovlig som olovlig beroende på vinstutdelningens förenlighet med de tvingande bestämmelserna. En annan slutsats är, att så länge samtliga aktieägare är överens, kan vinstutdelningen ske i alla former, även i förtäckt form, utan iakttagande av formföreskrifterna i ABL 12:3. En förtäckt vinstutdelning är således lovlig om samtliga aktieägare samtyckt härtill och utdelningen överensstämmer med de tvingande borgenärsskyddsreglerna i ABL 12 kap.

Aktieägarnas samtycke kräver ingen särskild form, utan kan också vara konkludent (se härom även Lindskog s. 19 ff., 81 ff. och 137 f.). Samma ståndpunkt uttalas av Aktiebolagskommittén i delbetänkandet, Vinstutdelning i aktiebolag SOU 1997:168 s. 67 (se även SOU 2001:1 s. 354 ff.): "Formkraven är uppställda i aktieägarnas intresse och kan åsidosättas om samtliga ägare är ense därom. Det betyder, som tidigare har nämnts, att aktieägarna samfällt kan besluta ta i anspråk tillgångar svarande mot fritt eget kapital utan att iaktta de särskilda vinstutdelningsreglerna ... Om samtliga aktieägare har godkänt ett åsidosättande av vinstutdelningsreglerna kan detta åsidosättande därefter inte åberopas av bolaget."

Vidare uttalas härvid, att även övriga minoritetsskyddsbestämmelser kan med samtliga aktieägares godkännande åsidosättas, häribland likhetsprincipen. Värdeöverföringar (dvs. utbetalningar) till annan än aktieägare måste också ske enligt ett enhälligt beslut av aktieägarna (se även SOU 2001:1 s. 356 *in fine*).

I NJA 1995 s. 742 kommer samma ståndpunkt till uttryck i det att det uttalas, att "en överföring av bolagets medel utan iakttagande av de formella beslutsreglerna i t.ex. 12 kap. 1 och 3 §§ ABL inte behöver vara olovlig i och för sig." Vidare framhålls att de "formella beslutsbestämmelserna inte kan anses tillhöra de regler som är tillkomna för att utgöra skydd för borgenärerna" (se fallet s. 761 och 762. Se även s. 763, där det tilläggs, att "förtäckta utdelningar skulle kunna vara lovliga i och för sig").

I en kommentar till sagda rättsfall (se SvSkT 1/96 s. 74, 78) fann jag att högstadomstolsavgörandet föranledde bl.a. följande slutsatser: De formella reglerna om bl.a. beslut om vinstutdelning på ordinarie bolagsstämman, och övriga beslutsregler i ABL 12:1 och 3, skall inte rättsligt

kvalificeras som tvingande regler eller borgenärsskyddsregler, utan är fastmera att beteckna som minoritetsskyddsregler, och således dispositiva. Härav följer att en avvikelse från de ifrågavarande formella beslutsreglerna inte kan leda till att en vinstutdelning blir olovlig från borgenärssynpunkt. En förtäckt eller icke formenlig sakutdelning är således inte ogiltig redan av det skälet att de formella reglerna inte iakttagits. Detsamma gäller givetvis också utdelningar av annat än sakvärden. Till dessa, sålunda dispositiva, formella regler får också räknas t.ex. styrelsens vetorätt beträffande utdelnings omfattning och kravet på att beslut om utdelning skall tas på ordinarie bolagsstämma. I enlighet med det sagda är s.k. förtäckta utdelningar, dvs. utdelningar som inte följer de formella beslutsreglerna, lovliga och giltiga i den mån de inte överstiger utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning – med iakttagande av försiktighetsprincipen – för det senaste räkenskapsåret och samtliga aktieägare står bakom beslutet. Förtäckta vinstutdelningar är följaktligen inte olovliga uteslutande av det skälet att de är förtäckta (se även SOU 1997:168 s. 93).

Slutsatsen av det sagda är således, att det numera får anses stå klart, att formföreskrifterna i ABL 12:1 och 3 utgör dispositiva minoritetsskyddsregler. Till skydd för aktieägarminoriteten uppställs i ABL 12:3 kravet på att beslut om vinstutdelning skall fattas av bolagsstämman. Sådana beslut på bolagsstämman erfordrar endast enkel majoritet (vilket framgår av ABL 9:28, 1 st.). Denna princip motverkas emellertid av den för aktiebolagsrätten grundläggande likhetsprincipen. För det fallet majoritetsbeslut står i strid med likhetsprincipen, kan beslutet klandras (se ABL 9:39 och 40). Bolagsstämman kan vidare fatta beslut om vinstutdelning av annat än pengar till aktieägarna, dvs. utdelning av sakvärden, och även sådana beslut förutsätter endast enkel majoritet (jfr SOU 1997:168 s. 71). Minoriteten skyddas återigen av likhetsprincipen och den s.k. generalklausulen i ABL 9:37. (Om dessa principer, se framställningen ovan i avsnitt VI.)

Varje annan avvikelse från formföreskrifterna förutsätter emellertid samtliga aktieägares medverkan, även att beslutet fattas av bolagsstämman. Så t.ex. gäller att om utbetalning eller värdeöverföring skall ske till annan än aktieägare, kan endast aktieägarna samfällt besluta härom.

Detsamma gäller beslut om vinstutdelning på extra bolagsstämma. En avvikelse från bestämmelserna i ABL 12:3, 1 st., andra meningen, om styrelsens vetorätt och minoritetsskyddet i ABL 12:3, 2 st., fordrar också *enhällighet*. Bolagsstämmans beslut enligt ABL 12:6 om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål fattas emellertid med enkel majoritet, men återigen måste varje avvikelse från formföreskrifterna ha godtagits av samtliga aktieägare.

Samtidigt framhålls i olika sammanhang, ofta med emfas (se t.ex. SOU 1997:168 s. 69, SOU 2001:1 s. 358 f., Lindskog s. 21 f., och Andersson s. 231 ff.), att *bolagsstämman är exklusivt behörig* att besluta om vinstutdelning, oavsett om denna är formenlig och i enlighet med formföreskrifterna i ABL 12 kap. eller är förtäckt (icke formenlig). Påståendet är naturligtvis riktigt, men kan ändå tyckas förvillande. Å ena sidan understryks, att formföreskrifterna i ABL 12 kap. är dispositiva, och att aktieägarna i samverkan fullt ut disponerar över formerna för vinstutdelningen, förutsatt endast att de tvingande borgenärsskyddsgränserna beaktas. Å andra sidan påtalas, att endast bolagsstämman kan besluta om vinstutdelning, vilket förhållande har en lång rad konsekvenser. Så t.ex. medför den exklusiva behörigheten att bolagsstämman icke äger rätt att delegera beslutsfattandet till annat bolagsorgan, t.ex. styrelsen. Delegation kan varken ske i form av föreskrift i bolagsordningen eller genom ett generellt eller enskilt beslut på bolagsstämman. Det senare följer av en numera allmänt accepterad *e contrario*-tolkning av kompetensfördelningsbestämmelserna i aktiebolagslagen: När i aktiebolagslagen har stadgats, att bolagsstämman skall besluta i viss fråga, kan delegation icke ske till annat bolagsorgan, såframt icke uttryckligt lagstöd härför föreligger. Ett sådant lagstöd för delegation finns t.ex. för emission av aktier eller skuldebrev, m.m. och förvärv av egna aktier. Bolagsstämman ges härvid rätt att bemyndiga styrelsen att fatta beslut i dessa frågor inom vissa ramar. Vissa andra fall av delegation har diskuterats lagtolkningsvis, men även därvid har förutsatts att lagstöd föreligger (se t.ex. Lindskog s. 199, och Åhman s. 617 ff., 624 ff.).

Av det förhållandet att lagstiftaren valt att explicit stadga om delegationsrätt, har följaktligen motsatsvis den gängse uppfattningen grundats, att delegation icke kan ske i de andra fall där i aktiebolagslagen

föreskrivits att bolagsstämman har exklusiv beslutskompetens. Mot denna allmänna utgångspunkt finns heller ingenting att erinra. Eftersom explicit lagstöd för delegation av beslut om vinstutdelning saknas, kan i enlighet härmed bolagsstämman inte till styrelsen eller annan överföra beslutsrätten i vinstutdelningsfrågor. (Märk härvid att enligt 75 §, 1 st., i 1944 års aktiebolagslag i bolagsordning kunde föreskrivas, att annan än bolagsstämman ägde besluta om vinstutdelning, se härom SOU 1941:9 s. 290 f. Vid införandet av 1975 års aktiebolagslag utmönstrades emellertid denna bestämmelse, och enligt förarbetena, se prop. 1975:103 s. 479, skulle detta medföra att delegationsrätten avskaffades. Lagstiftaren synes härvid göra samma *e contrario*-tolkning av aktiebolagslagen till utgångspunkt som den ovan omtalade. Se också Åhman s. 620 f.)

En ytterligare konsekvens av att bolagsstämman har exklusiv behörighet i vinstutdelningsfrågor är, att om styrelsen eller annat bolagsorgan utan föregående bolagsstämmobeslut företar en rättshandling som i själva verket är en vinstutdelning, om än en förtäckt sådan, styrelsen saknar behörighet härtill, oaktat att den förtäckta vinstutdelningen icke åsidosätter de tvingande utdelningsbegränsningarna. En rättshandling utan behörighet är i princip ogiltig. Med ett sådant principiellt synsätt skulle varje förtäckt och icke formenlig vinstutdelning vara ogiltig. Den naturliga frågan som därvid inställer sig är, vilken betydelse det i sådana fall har att formföreskrifterna i ABL 12 kap. är dispositiva.

Den nu något förenklade bilden av rättsläget på det förevarande området är självfallet långt mycket mer mångfacetterad och behöver därför nyanseras.

För det första kan konstateras, att kravet på ett bolagsstämmobeslut inte nödvändigtvis innebär en skyldighet att i *formell ordning* avhålla bolagsstämma och upprätta protokoll härför. Bolagsstämmoformaliteterna skall ses i ljuset av att till synes fler än 95 % av samtliga aktiebolag i Sverige utgörs av s.k. enmans- eller fåmansbolag. I sådana bolag hålls sällan bolagsstämma i den meningen att kallelse sker i enlighet med bestämmelserna i ABL 9 kap. och aktieägarna samlas för att enligt upprättad dagordning fatta beslut, vilka sedan protokollförs m.m. Bolagsstämmobesluten – allt som oftast relaterade till ordinarie bolagsstäm-

man – fattas genom att ett på förhand upprättat bolagsstämmoprotokoll distribueras till aktieägarna för godkännande och eventuell underskrift. I aktiebolag med en stor ägarspridning är detta givetvis icke en hanterlig form för beslutsfattandet, varför bl.a. risken för klander av besluten på grund av att formföreskrifterna icke följs i sådana bolag leder till att bolagsstämmorna är helt formenliga. Situationen blir densamma i aktiebolag med få delägare, där ägarna inte kan arbeta i full enighet. Även i sådana fall är således risken främst för klander avgörande för att formenliga bolagsstämmor hålls.

Bolagsstämmobeslut som fattas utan egentligt sammanträde på ovan angivet sätt – s.k. *per capsulam*-beslut – är följaktligen fullt giltiga om aktieägarna är eniga härom. (Se härom Johansson, Bolagsstämma s. 440 ff., och Lindskog s. 90 f., samt därvid fotnot 51 med hänvisningar.) Enigheten skall avse avvikelsen från de i ABL 9 kap. stadgade formföreskrifterna i och för sig; den behöver icke nödvändigtvis avse de materiella beslut som fattas på detta förenklade sätt. Det hitintills sagda förutsätter att aktieägarna i någon mening är medvetna om att bolagsstämma hålls på det förenklade sättet, eftersom det tillhandahålls ett bolagsstämmoprotokoll för godkännande och eventuell underskrift (underskriften beroende på om aktieägaren utsetts till justeringsman eller i övrigt har att underteckna protokollet enligt ABL 9 kap.).

Men vad skall gälla om aktieägarna samtycker i en viss fråga och t.o.m. beslutar härom utan att detta kommit till uttryck i ett bolagsstämmoprotokoll? Kan ett sådant beslut jämställas med ett bolagsstämmobeslut? Så synes vara förutsatt i Aktiebolagskommitténs betänkande, Vinstutdelning i aktiebolag (SOU 1997:168 s. 93), i uttalandet, att vinstutdelningsbeslut kan fattas "av bolagsstämman eller av aktieägarna samfällt". (Se även SOU 2001:1 s. 356. Aktiebolagskommitténs resonemang i SOU 1997:168 s. 67 f. vilar också på förutsättningen att ett enhälligt beslut av aktieägarna kan jämställas med ett bolagsstämmobeslut.)

Det har också i den aktiebolagsrättsliga doktrinen uttalats, att det är en "grundläggande aktiebolagsrättslig princip", att "samtliga aktieägares samtycke har samma rättsverkningar som ett i vederbörlig och korrekt ordning tillkommet beslut på bolagsstämman" (se t.ex. Andersson

s. 241, jfr Lindskog s. 90 f.). Slutsatsen härav är att ett *samtycke av samtliga aktieägare* ersätter en formenlig bolagsstämma och ett bolagsstämmobeslut (se Andersson *op. cit.*, och Lindskog s. 91). Föreligger icke enighet, kan beslutet såsom varande jämställbart med ett bolagsstämmobeslut säkerligen klandras, bl.a. på den grunden att beslutet inte tillkommit i behörig ordning. (Om kallelse till bolagsstämma överhuvudtaget icke skett, gäller en i princip obegränsad klandertid enligt ABL 9:40, p. 3.) Föreligger å andra sidan enighet, blir beslutet gällande, om inte annat så på grund just av enigheten. Annan än aktieägare, t.ex. bolaget självt eller bolagsborgenärerna, äger icke rätt att klandra ett sådant beslut. Visserligen stadgas i ABL 9:39 att även styrelsen, styrelseledamot eller den verkställande direktören får föra talan om klander – i bolagets namn får det förutsättas – men, såvitt gäller beslut i strid med formföreskrifterna, är talerätten i *praktiken* ofta begränsad till aktieägarna. Spegelbilden av att ett samfällt aktieägarbeslut är giltigt i samma utsträckning som ett formenligt bolagsstämmobeslut är, att endast aktieägarna i realiteten – en- och fåmansbolag – disponerar över talan om giltigheten av beslutet.

Men vad gäller om det samfällda aktieägarbeslutet inte ens protokolleras i vederbörlig ordning? Enligt ABL 9:38 skall stämmoprotokoll genom ordförandens försorg upprättas. I protokollet skall antecknas dag och ort för bolagsstämman samt vilka beslut som stämman har fattat. Vidare skall protokollet undertecknas på visst sätt och justeras. Det har t.o.m. framförts, att en förutsättning för ett samfällt aktieägarbesluts giltighet "bör vara", att det får formen av ett bolagsstämmobeslut som införs i ett daterat protokoll och undertecknas eller på annat sätt godkänns av samtliga aktieägare (se Nial, Svensk Associationsrätt, 5 uppl. s. 168, men också SOU 1941:9 s. 486 f.).

Protokolleringen är givetvis nödvändig när ett beslut för att kunna verkställas måste registreras hos PRV. Så t.ex. skall ett beslut om ändring av bolagsordningen genast anmälas för registrering och får med visst undantag icke verkställas förrän registrering har skett (se ABL 9:35). I ABL 4:15, 3 st., stadgas vidare att styrelsen ej kan fatta beslut om emission enligt ett bemyndigande innan registrering har skett. Vissa beslut kan helt eller delvis verkställas före registreringen, men kräver

ändå av andra skäl att registrering äger rum (se t.ex. ABL 4:9-12). Ett vinstutdelningsbeslut förutsätter för verkställighet emellertid inte registrering hos PRV. En annan sak är att ett beslut härom vid ordinarie bolagsstämma skall framgå av bolagsstämmoprotokoll, etc. som skall inges till PRV tillsammans med årsredovisningshandlingarna enligt årsredovisningslagen 8:3 jämfört med bokföringslagen 6:2 och följande bestämmelser.

Att ett beslut inte kan verkställas på grund av att det inte registrerats av PRV, hindrar emellertid inte att beslutet i sig är giltigt (protokoll häröver kan upprättas i efterhand och behöver inte antedateras), förutsatt att det i lagen icke föreskrivs, att ansökan om registrering skall ha ingivits inom en viss tid för att beslutet skall äga giltighet. Det är också uppenbart att det från bevissynpunkt är fördelaktigt att protokoll upprättas i den vedertagna formen. (Om protokollets presumtionsverkan härvidlag, se bl.a. Johansson, Bolagsstämma s. 436 ff.) Bolagsstämman *konstitueras* emellertid inte genom protokollet (se Johansson *op. cit.*, och Lindskog s. 91, fotnot 51).

Således bör gälla, att där beslutets giltighet enligt lag icke förutsätter att protokoll häröver ingivits i ansökan till PRV, eller i övrigt inte förutsätter att protokoll upprättats, ett samfällt beslut av aktieägarna utan iakttagande av formföreskrifterna i ABL 9 kap. är i giltighetshänseende att jämställa med bolagsstämmobeslut. Ett sådant *samfällt* beslut kan, såsom framgått ovan, avse vinstutdelning. Beslutet kan emellertid utöver att vara informellt också vara konkludent; det kan således framgå av omständigheterna att aktieägarna är överens (se Lindskog s. 91). Genom ett sådant beslut ges bolagets ställföreträdare (styrelsen och den verkställande direktören) såväl behörighet som befogenhet att verkställa beslutet (jfr Andersson s. 242, ävensom s. 593, och den där företrädda ståndpunkten, att samtliga aktieägare i efterhand kan *ratihabera* andra bolagsorgans förtäckta vinstutdelningar). Innebörden av att beslutet kan vara konkludent är också, att ställföreträdarna vid verkställighet av beslutet implicit har givits intrycket av att samtliga aktieägarna står bakom beslutet och dess verkställighet. I enmansaktiebolag torde i praktiken sällan förekomma rättsliga komplikationer härvidlag. I fåmansbolag blir det avgörande om bevisning om ett sådant samfällt godkän-

nande kan förebringas. Verkställighet av ett vinstutdelningsbeslut utan ett föregående, samfällt och konkludent beslut av aktieägarna torde i praktiken vara ytterst sällsynt. Varje verkställighet kommer åtminstone att påstås ha ägt rum mot bakgrund av ett sådant beslut, och invändningar häremot lär av naturliga skäl icke aktualiseras. Föreligger å andra sidan meningsskiljaktigheter mellan aktieägarna i ett fåmansbolag om vinstutdelningen, återstår ingen annan möjlighet än att besluta härom på en formenlig bolagsstämma. I praktiken kan följaktligen föreställas endast formenliga bolagsstämmobeslut eller verkställighet av uttryckliga eller konkludenta och samfällda aktieägarbeslut om vinstutdelning. För det fall det ändå skulle påstås, att styrelsen eller den verkställande direktören har handlat utan ett *sådant* behörighetsgrundande beslut, varför rättshandlingen skulle vara ogiltig, får påståendet anses sammanhänga med att aktieägarna efter rättshandlingens genomförande blivit oeniga härom och att avgörande bevisning om tidigare enighet saknas.

Till yttermera visso förefaller ståndpunkten, att bolagsstämmans rätt att besluta om vinstutdelning inte kan delegeras, väl kategorisk. Se härvid t.ex. Aktiebolagskommitténs uttalande i SOU 1997:168, att bolagsstämmans exklusiva rätt att besluta om vinstutdelning "varken *in casu* eller genom föreskrift i bolagsordningen" kan frånhändas till styrelsen eller annan (se betänkandet s. 94). Bortsett från att kravet på ett formellt bolagsstämmobeslut enligt vad som ovan framgått mer eller mindre är en fiktion, i synnerhet som beslutet kan vara högst informellt och konkludent, och att aktieägarnas samverkan kan ersätta ett bolagsstämmobeslut, måste ståndpunkten av följande skäl nyanseras.

Det i aktiebolagsrätten förekommande implicita och motsatsvis härledda förbudet för bolagsstämman att delegera sin exklusiva beslutsrätt till styrelsen eller annan utan uttryckligt lagstöd synes primärt vara motiverat av hänsyn till minoritetsägarna. Varje aktieägare i minoritetsställning (egentligen aktieägarna över huvud) skall ges tillfälle att på bolagsstämma göra gällande sin ståndpunkt, plädera och rösta i enlighet med denna, påverka innehållet i beslutet och lyssna på andras mening. *Delegationsförbudet* skulle på så sätt vara i viss mening demokratiskt grundat: En aktieägare måste kunna uppfylla sin funktion som sådan vid bolagsstämma. En aktieägarmajoritet – inte ens en kvalificerad sådan –

skall inte generellt i bolagsordningen eller eljest, ej ens *in casu*, kunna delegera beslutsrätten inom det exklusiva området till styrelsen eller annan och därigenom undandra minoriteten möjlighet att påverka besluten. (Se härom främst Åhman s. 621. Jfr Andersson s. 576: "Bolagsstämman äger enligt ABL inte överlämna beslutanderätten i fråga om vinstutdelning till styrelsen, annat bolagsorgan eller utomstående", se s. 578 ff.) En bolagsstämma i den i ABL 9 kap. föreskrivna ordningen tillgodoser dessutom kravet på en sådan formalisering som är nödvändig för vissa beslut, som för att vara effektiva förutsätter medverkan av PRV. (Härför fordras emellertid, såsom framgått ovan, endast upprättandet av bolagsstämmoprotokoll, om enighet härom föreligger.)

Om nu delegationsförbudet har till syfte att skydda en aktieägarminoritet, och således är en minoritetsskyddsprincip, uppkommer frågan vad som hindrar delegation i de fall full enighet härom föreligger aktieägarna emellan. Vad skulle således hindra att aktieägarna på bolagsstämma eller eljest enhälligt delegerar rätten att besluta om vinstutdelning till styrelse eller annan för viss tid eller *in casu*, givetvis med bibehållen rätt att när som helst återkalla delegationen? Grundade skäl för sådana hinder saknas, och såvitt är bekant har sådana ej överhuvudtaget anförts. På samma sätt som aktieägarna samfällt kan besluta om att icke hålla en formenlig bolagsstämma, utan *per capsulam* fatta beslut i vissa frågor, borde det vara möjligt för aktieägarna att enhälligt delegera beslutsrätten till t.ex. styrelsen, i vart fall i det enskilda fallet. (Närmast denna slutsats synes Lindskog komma s. 81, när han försiktigtvis framför tanken att delegation skall kunna ske *in casu* "med avseende på ett föreståend beslutstillfälle". Samtidigt framhåller Lindskog, att delegering icke kan ske på grundval av ett majoritetsbeslut, vilket överensstämmer med vad som ovan anförts. Delegeringen "i det enskilda fallet" förutsätter enligt Lindskog, att samtliga aktieägare är ense därom.)

Delegation i ett enskilt vinstutdelningsärende kan förutses ske t.ex. på det sättet att en majoritet av aktieägarna på bolagsstämman beslutar att utdelningen inte skall leda till en omedelbar betalningsskyldighet för bolaget, utan att aktieägarnas fordring skall förfalla till betalning vid ett senare tillfälle, och dessutom kanske *villkoras av att vissa ytterligare omständigheter inträffar.* Att ett sådant majoritetsbeslut inte kan åstad-

kommas beträffande utdelningar enligt ABL 12:3, 2 st., dvs. enligt minoritetsskyddsregeln, är en annan sak. Gällande bestämmelser synes inte förhindra, att ett utdelningsbeslut villkoras på berört sätt. (Se härom t.ex. SOU 1971:15 s. 317). Borgenärsskyddet kan knappast lida skada av att verkställandet av ett utdelningsbeslut skjuts upp och villkoras. När sedan utdelningsbeslutet så småningom verkställs, skall den ifrågavarande utbetalningen icke betecknas som en efterutdelning i teknisk mening, varför ej heller försiktighetsprincipen blir tillämplig såsom en förutsättning för full utbetalning (förutsatt givetvis, att så ej föreskrivits i utdelningsbeslutet). Det villkorade utdelningsbeslutet ligger utom ramen för utdelningsbegränsningarna i ABL 12 kap., och följer endast de interna föreskrifterna. (I skattehänseende borde i princip en fordring icke anses ha uppkommit vid beslutstillfället, utan först sedan villkoren uppfyllts och i övrigt en fordring föreligger enligt beslutet. I undantagsfall kan en skatterättslig "genomsyn" komma att äga rum, om villkoren t.ex. endast är fiktiva.)

Det förhållandet att nu omtalade, villkorade utdelningsbeslut, eller beslut som innebär att tillkomsten av en aktieägares fordring skjuts upp till ett senare tillfälle, är förenliga med bestämmelserna i ABL 12 kap., följer närmast av att utdelningsbeslut i regel endast erfordrar enkel majoritet, och att aktieägarna disponerar över beslutets utformning, förutsatt att beslutet i övrigt är förenligt med aktiebolagslagens bestämmelser om likhet, borgenärsskydd, etc. I propositionen till ABL (se prop. 1975:103 s. 479) berörs kort frågan om styrelsens rätt att hålla inne en utbetalning till aktieägarna på grund av ett beslut om uppskjuten utdelning. Härvid synes förutsättas, att styrelsen har en sådan rätt t.o.m. utan stöd av ett särskilt stadgande härom i lagen. Ståndpunkten vilar på föreställningen , att den utbetalning som sker enligt tidigare beslut skall kvalificeras som en efterutdelning, och att försiktighetsprincipen därför är tillämplig. Fråga är emellertid om en felsyn (eller möjligen begreppsförvirring): En efterutdelning följer av ett självständigt bolagsstämmobeslut om ianspråktagande av fria medel enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret. Det förutnämnda, villkorade beslutet, eller beslutet om att uppskjuta verkställandet av utbetalningen, innefattar i sig ett ianspråktagande av fria medel, och skall redovisas som en skuld,

eventualförpliktelse, reservering, eller motsvarande för åstadkommandet av en rättvisande bild. Själva utbetalningen förutsätter normalt sett inte ett *nytt* beslut av bolagsstämman. Något efterutdelningsbeslut aktualiseras inte därmed.

Vad som skall gälla om samtliga aktieägare enhälligt på bolagsstämman beslutar om en mer generell delegation, t.ex. i bolagsordningen, är emellertid oklart. Så mycket är givet, att en sådan generell delegation skapar praktiska svårigheter för och vid aktieomsättningen. Även om omsättningsskyddet givits betydande utrymme i aktiebolagslagen, kan intresset för en god och problemfri omsättning knappast sägas vara avgörande för här aktuell fråga. Allmänna, demokratiska hänsyn kan dock icke bortses ifrån. En ändring av en bolagsordningsbestämmelse av nu berört slag kräver emellertid till synes inte enhällighet, utan endast en majoritet av den allmänna kvalificeringsgraden i ABL 9:30 (2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädda aktierna).

Några tungt vägande skäl mot rättsenligheten av en generell delegation har veterligen icke formulerats. De till skydd för en aktieägarminoritet gällande principerna om likhet, m.m. är också tillämpliga vid beslut på grund av delegation. Mot en enhällig och generell delegation skulle dock kunna invändas, att en sådan gör det svårare för minoritetsaktieägarna att göra gällande sina aktiebolagsrättsliga rättigheter. Så länge bolagsstämman fattar beslut i vinstutdelningsfrågor, ges minoritetsägarna alltid möjlighet att anföra klander mot besluten på minoritetsrättsliga grunder. I samband med klander ges minoritetsägarna också tillfälle att hindra verkställighet av ett bolagsstämmobeslut som står i strid med minoritetsskyddsreglerna. Intill dess att verkställighet har skett, kan tredje man ej ha några anspråk på bolaget på grund av stämmobeslutet. Svårigheter att återkalla en delegation kan också föreligga. Sådana svårigheter kan emellertid övervinnas genom att en minoritet (om t.ex. 5–10 %) ges rätt att diktera återkallandebeslut. Såsom har uppmärksammats av Lindskog (s. 21 f., men också Johansson, Bolagsstämman s. 98 ff. med ytterligare hänvisningar) är vinstutdelningen (kapitalanvändningen) endast indirekt.

3. Om lovlig och olovlig, förtäckt (icke formenlig) vinstutdelning

När rätten att fatta beslut om vinstutdelning generellt delegeras till styrelsen eller annan, som också företräder bolaget, föreligger en rättshandling vars giltighet måste prövas i särskild ordning. Ett beslut på grund av delegation, eller verkställigheten därav, kan inte klandras i den i ABL 9:39-40 föreskrivna ordningen. Det är uteslutet att klanderbestämmelserna är direkt eller analogivis tillämpliga på sådana beslut. (Se Åhman s. 629, och Lindskog s. 83.) Det återstår därför för minoritetsägarna att göra gällande rättshandlingens ogiltighet på grund av bristande behörighet eller befogenhet. Ogiltigheten kan emellertid inte direkt göras gällande av minoritetsägarna, utan endast av bolaget. Minoritetens möjligheter att påverka bolagsföreträdarna (genom beslut och instruktioner) i en sådan riktning att ogiltigheten görs gällande av bolaget, kan ofta vara begränsade. Även om minoriteten framgångsrikt förmått bolagsföreträdarna att göra gällande ogiltigheten, kan resultatet bli att rättshandlingen består. Det minoritetsskydd som kvarstår är därigenom möjligheten att vägra bevilja ansvarsfrihet och väcka skadeståndstalan enligt ABL 15 kap.

Om generell delegation i vinstutdelningsfrågor är förenlig med aktiebolagslagen, vilket således här är föremål för diskussion, föreligger också behörighet för delegaten att rättshandla, om rättshandlandet skett inom ramarna för borgenärsskyddsbestämmelserna. (Står rättshandlandet i strid med dessa bestämmelser, föreligger ogiltighet på grund av behörighetsöverskridande.) Har däremot rättshandlandet inneburit ett befogenhetsöverskridande på grund av att det t.ex. står i strid med likhetsgrundsatsen, de aktiebolagsrättsliga generalklausulerna, jävsreglerna, etc., kan rättshandlingen bli bestående på grund av god tro hos motparten (se ABL 8:35, 2 st.) eller oberoende därav om befogenhetsöverskridandet avser en överträdelse av en föreskrift om verksamhetsföremålet eller andra föreskrifter (beslut, instruktioner, etc.) som meddelats i bolagsordningen eller av bolagsstämman. (Till frågan om förhållandet mellan ABL 8:35 och 12:5 återkommer framställningen nedan.)

Med hänvisning till vad som nu anförts synes övervägande ändamålsskäl tala *mot* att generell delegation skall kunna ske ens med samtycke av samtliga aktieägare. Slutsatsen överensstämmer också väl med de *lagstadgade* principerna för delegation (t.ex. bemyndigande enligt ABL

4:15, 2 st., andra meningen, och 7:15, 1 st., 2 p., enligt vilket bemyndigandet skall gälla viss tid, dock längst intill nästkommande ordinarie bolagsstämma). Ändamålsskälen för dessa principer synes vara desamma som de ovan berörda. Däremot synes inget hindra att, om samtliga aktieägare är överens därom, delegation sker i ett enskilt fall, eller möjligen under viss tid, t.ex. fram till nästa ordinarie bolagsstämma. En delegation på andra villkor grundar inte behörighet för delegaten och medför således ogiltighet (oberoende av god eller ond tro hos motparten).

Sammanfattningsvis kan avvikelse från formföreskrifterna i ABL 12 kap. ske genom 1. ett enhälligt bolagsstämmobeslut på grundval av en bolagsstämma i föreskriven ordning, 2. ett bolagsstämmobeslut *per capsulam* genom upprättandet av ett bolagsstämmprotokoll, eller 3. ett konkludent beslut av samtliga aktieägare utan bolagsstämma och bolagsstämmoprotokoll. Om samtliga aktieägare är överens härom, kan delegation ske *in casu* till styrelsen eller annan att fatta beslut om vinstutdelning, eller för viss kortare tid, dock längst intill nästa ordinarie bolagsstämma. Delegation kan icke ske genom majoritetsbeslut. Generell delegation genom bolagsstämmobeslut eller genom föreskrift i bolagsordningen torde icke vara möjlig. Avvikelse från formföreskrifterna kan ske i den meningen att beslut inte fattas på ordinarie bolagsstämma, att beslut helt eller delvis inte fattas på bolagsstämma över huvud, att beslutet avser utdelning till annan än aktieägare, eller att beslutet fattas oaktat att styrelsen är häremot. Således är formföreskrifterna i ABL 12 kap. dispositiva i *denna* mening; en avvikelse förutsätter samverkan mellan samtliga aktieägare och det finns begränsningar i rätten att delegera beslutsfattandet. Av det sagda följer också att bolagsstämmobeslut i strid med formföreskrifterna kan klandras av bolagets aktieägare. Detsamma gäller bolagsstämmobeslut i strid med de principer som i övrigt upprätthåller minoritetsskyddet. Klander kan också ske av sådana samfällda aktieägarbeslut som är att jämställa med bolagsstämmobeslut, ävensom konkludenta sådana. Har emellertid beslutet lämnats oklandrat och därefter verkställts, eller har rättshandling företagits på grundval av delegation *in casu*, kan bolaget göra gällande ogiltighet på grund av befogenhetsöverskridande. (Föreligger icke behörig-

het på grund av att bolagsstämman inte fattat beslut överhuvudtaget eller på grund av att rättshandlingen vilar på generell delegation, är beslutet ogiltigt redan på grund härav.)

Vid förekomsten av ett enhälligt aktieägarbeslut (här förutsätts att det kan bevisas, vilket stundom i fall av konkludenta beslut kan vara besvärligt), är följaktligen vinstutdelningen giltig, om denna skett inom ramen för de tvingande utdelningsbegränsningarna. Ett befogenhetsöverskridande kan under sådana förhållanden icke ha skett. Om aktieägarna saknar grund för att göra gällande ogiltighet, är bolaget eller bolagsborgenärerna (t.ex. i konkurs) knappast bättre ställda när fråga är om överträdelse av formföreskrifter eller minoritetsskyddsregler. Endast i det fallet aktieägarna icke alls ställer sig bakom t.ex. ett styrelsebeslut om vinstutdelning, eller lämnar en tidsbestämd generell fullmakt till styrelsen att fatta beslut härom, kan en efterföljande rättshandling träffas av ogiltighet på grund av behörighetsöverskridande. Sådan ogiltighet kan göras gällande av bolaget. I enmans- och fåmansbolag, där identitet föreligger mellan aktieägare och bolagets ställföreträdare, är den sistnämnda situationen emellertid i praktiken utesluten. Sådan måste situationen ha varit i NJA 1995 s. 742.

Ovan har konstaterats, att formföreskrifterna i ABL 12 kap. är dispositiva. Föreligger det konsensus mellan aktieägarna, förfogar dessa samfällt över formföreskrifterna. Aktieägarna kan konkludent och i efterhand godkänna (ratihabera) en förtäckt vinstutdelning (t.o.m. konkludent ratihabera vederlagsfria utbetalningar i andra former än de föreskrivna). Aktieägarnas samfällda godkännande ger också behörighet för det rättshandlande bolagsorganet. Utan ett sådant samtycke saknas behörighet (och befogenhet). Vidare gäller att en generell delegation till styrelsen eller annan inte grundar behörighet (och därmed ej heller befogenhet), förutsatt att delegationen inte avser en bestämd – och kortare – tidsperiod. Avsaknad av behörighet medför att rättshandlingen är ogiltig (i princip oberoende av god eller ond tro hos motparten). Detsamma gäller befogenhetsöverskridande (dock att god tro kan tillmätas relevans). För frågan om ogiltigheten av en rättshandling och talerätten torde det ovan konstaterade kunna leda till följande slutsatser.

1. När en formenlig (reguljär) vinstutdelning beslutad på ordinarie bolagsstämma *står i strid med de tvingande borgenärsskyddsreglerna* i ABL 12:2, dvs. överstiger det belopp som är utdelningsbart, med iakttagande av försiktighetsprincipen, föreligger ogiltighet och återbäringsskyldighet enligt ABL 12:5, 1 st., såvitt gäller det lagstridiga beloppet (överskottet), jämte ränta m.m. Bolaget har talerätt även i konkurs, och därmed skyddas bolagsborgenärerna. God tro hos mottagaren tillmäts emellertid relevans, och bevisbördan för ond tro åvilar bolaget.
2. Sker en utbetalning enligt en *icke formenlig vinstutdelning*, dvs. förtäckt vinstutdelning, med ett belopp som *överstiger det som är utdelningsbart* enligt ABL 12:2, skall vad som ovan i p. 1 fastställts tillämpas *analogivis*. (Till den analoga tillämpningen återkommer framställningen nedan.)
3. För det *fall fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret överhuvudtaget icke föreligger*, skall vad som ovan i 1 och 2 p. omtalats tillämpas i beaktande av en prövning av frågan, vad som skulle ha varit utdelningsbart, om en fastställd balansräkning förelegat (jfr härvid reglerna vid tvångslikvidation på grund av kapitalbrist, där en av grundprinciperna är att faktisk kapitalbrist skall föreligga, och NJA 1988 s. 620). Principerna enligt ovan blir tilllämpliga endast om det som utbetalats i form av vinstutdelning faktiskt överstiger vad som i en sådan, i efterhand upprättad balansräkning (med iakttagande av försiktighetsprincipen) är utdelningsbart. Avsaknaden av en fastställd balansräkning såsom ett element i årsredovisningen sanktioneras av bestämmelserna i ABL 13:10. Det formkrav som föreligger om fastställd balansräkning till grund för ett vinstutdelningsbeslut är i och för sig ingen tvingande borgenärsskyddsregel (av annan mening till synes Andersson s. 574 ff. och 577). Resultatet härav blir, att så länge utbetalningen inte överskrider utdelningsgränserna i ABL 12:2, såsom det kan konstateras i en i efterhand upprättad balansräkning, utdelningen i och för sig är giltig, trots att fastställd balansräkning icke förelegat. Det förhållandet att fastställd balansräkning saknats vid vinstutdelningsbeslutet kan, å andra sidan, i en talan initierad av aktieägare göras gällande som

ogiltighetsgrund. Vad nu sagts gäller också när en *oriktig balansräkning* fastställts. Vad som är utdelningsbart skall givetvis beräknas med utgångspunkt i en riktig balansräkning. Det förhållandet att en balansräkning är oriktig medför inte att en formenlig utdelning i sin helhet blir ogiltig, förutsatt att det utdelade beloppet ligger inom ramen för utdelningsgränserna enligt en korrekt upprättad balansräkning. Det sagda förutsätter, att den i efterhand upprättade balansräkningen avser bolagets ställning vid tidpunkten för den ifrågavarande utbetalningen. Redan på grund härav saknas skäl att ansluta sig till den ståndpunkt som Andersson (s. 574 och 577) förfäktar, nämligen att kravet på förekomsten av en fastställd balansräkning är en tvingande borgenärsskyddsregel: Om vinstutdelningsreglerna i ABL 12:2 icke hindrar en utdelning på grundval av en helt *oriktig*, men fastställd balansräkning, förutsatt att utdelningen icke överstiger vad som är utdelningsbart enligt en *korrekt* upprättad balansräkning, kan knappast en *fullständig avsaknad* av en fastställd balansräkning hindra en utdelning, som enligt en i efterhand upprättad balansräkning avseende tidpunkten för utdelningen varit möjlig.

4. Under antagandet att det som utbetalas ligger inom ramen för utdelningsgränserna i ABL 12:2, men *utbetalningsbeslutet har fattats av annan än bolagsstämman*, vilket således konstituerar ett behörighetsöverskridande, är beslutet ogiltigt. Eftersom behörighetsreglerna, enkannerligen principerna om kompetensfördelningen bolagsorganen emellan (funktionsfördelningen), icke tillkommit i bolagsborgenärens intresse, och således icke berör bolagsborgenärernas rätttigheter, kan knappast bolagsborgenärerna ges talerätt, t.ex. i samband med bolagets konkurs (genom konkursförvaltaren, jfr Andersson s. 647 f., och Lindskog s. 90, och därvid fotnot 50). Vad nu sagts om behörighetsöverskridande och talerätt gäller också det fallet där överskridandet sammanhänger med en på grundval av aktieägarnas beslut i *generell*, tidsobestämd delegation till annan än bolagsstämman att besluta om vinstutdelning.
5. För det fall en formenlig eller icke formenlig vinstutdelning äger rum i strid med ABL 12:3, 1 st., andra meningen, om *styrelsens*

vetorätt, men med samtliga aktieägares godkännande, är vinstutdelningsbeslutet giltigt, eftersom överträdelsen endast avser en dispositiv regel. Om däremot samtliga aktieägare icke har godkänt vinstutdelningsbeslutet i fråga, föreligger ogiltighet och talerätt i bolagets och aktieägarnas intresse enligt ABL 12:5. Ett förfogande över den dispositiva bestämmelsen förutsätter samtycke av samtliga aktieägare, och ett vinstutdelningsbeslut utan medgivande av samtliga aktieägare utgör ett behörighetsöverskridande och är därför ogiltigt som sådant. (Andersson s. 646 f., men även i andra sammanhang i samma arbete, företräder dock ståndpunkten, att bestämmelsen i fråga är en tvingande bestämmelse i bolagsborgenärens intresse.) Utbetalningsmottagarens goda tro skall tillmätas relevans i enlighet med ABL 12:5, 1 st.

6. Under samma antaganden som vid p. 5 ovan, är ett *vinstutdelningsbeslut fattat på extra bolagsstämma* giltigt, om alla aktieägare samtycker till att beslutet fattas i sådan ordning. Detsamma gäller vinstutdelningsbeslut som fattas *utanför en formenlig bolagsstämma* med aktieägarnas samtycke eller efterhandsgodkännande (ratihabition). De aktieägare som inte godkänt, att vinstutdelningsbeslut fattas på extra bolagsstämma, kan klandra beslutet enligt ABL 9:39-40. Om klander icke sker inom den i ABL 9:40 stadgade tidsfristen (enligt ABL 9:40, 2 st., p. 2), kan talan väckas *senare* än inom den i bestämmelsens första stycke föreskrivna tidsfristen om tre månader, eftersom samtycke till beslutet krävs av alla aktieägare; till frågan om denna klanderfrist är evig eller inte hänvisas till framställningen ovan). Väcks klandertalan för sent, blir beslutet giltigt. Därest icke alla aktieägare ställer sig bakom ett vinstutdelningsbeslut utanför en formenlig bolagsstämma, föreligger icke behörighet. I sådana fall gäller vad som sagts i p. 4 ovan.
7. Under samma antaganden som ovan om att vinstutdelningsbeslutet ligger inom ramen för borgenärsskyddsreglerna, kan ett vinstutdelningsbeslut på *bolagsstämma* som står *i strid med likhetsprincipen, generalklausulen* i ABL 9:37 eller *jävsreglerna* klandras i den i ABL 9:39-40 stadgade ordningen. Väcks ej klandertalan inom den angivna tidsfristen (beträffande tidsfristen, se framställningen ovan

om klander), är beslutet giltigt. För det fall klandertalan väcks, och beslutet befinns vara ogiltigt, men har verkställighet skett dessförinnan, gäller vad som i ABL 12:5 stadgas; god tro hos mottagaren har härvid rättslig relevans. (Detsamma torde gälla en verkställighet i strid med ett verkställighetsförbud.)

8. Om beslut om vinstutdelning fattas med samtliga aktieägares godkännande (på förhand eller genom ratihabition), *inte* direkt av *bolagsstämman*, men i strid med likhetsprincipen, generalklausulen i ABL 9:37 eller jävsreglerna, föreligger ett befogenhetsöverskridande (behörighet föreligger dock). Ogiltigheten kan grundas på en tillämpning av ABL 12:5, 1 st., alternativt ABL 8:35, 2 st., första meningen. Mottagarens goda tro skall tillmätas rättslig relevans i båda fallen.
9. Om befogenhetsöverskridandet är av annat slag än det ovan i 8 p. angivna, men i övrigt med samma förutsättningar, t.ex. att vinstutdelningsbeslutet omfattar ett större belopp än vad aktieägarna samfällt godkänt (men fortfarande inom ramen för utdelningsbegränsningarna), eller att utdelningsbeslutet innebar en tidigareläggning av utbetalningsdagen, eller eljest stå *i strid med bolagsordningsföreskrift, verksamhetsföremålet, bolagsstämmoinstruktion*, etc., är icke ABL 12:5 tillämplig med hänsyn till att denna bestämmelse endast omfattar utbetalningen "i strid mot denna lag", dvs. i strid med aktiebolagslagen. Istället blir ABL 8:35 att tillämpa, varvid bl.a. gäller att mottagarens god eller onda tro saknar relevans.

I samtliga ovan nämnda fall i 5–9 p. kan talerätten endast utövas av bolaget i aktieägarnas intresse, men inte av bolaget i konkurs i bolagsborgenärens intresse. Den rätt som enligt ABL 9:39 ges aktieägare, styrelsen, en styrelseledamot och den verkställande direktören att föra talan om klander av bolagsstämmobeslut, torde ej avse konkursförvaltaren (jfr Lindskog s. 138 f. och Andersson s. 648). I samtliga fall där aktieägarna enhälligt ställer sig bakom ett vinstutdelningsbeslut inom ramen för utdelningsbegränsningarna, kan konkursförvaltaren inte ha anspråk på talerätt. Vad som gäller i fall av befogenhetsöverskridande (där behörigheten grundas på samtliga aktieägares godkännande) är emellertid

oklart. Måhända är frågan alltför opraktisk för att förtjäna en grundlig analys, särskilt som ett befogenhetsöverskridande enligt ABL 9:35, 2 st., andra meningen, dvs. när överskridandet avser verksamhetsföremålet, bolagsordningsföreskrifter i övrigt eller instruktion från överordnat organ, ytterst sällan torde aktualisera en talan mot utdelningsadressaten. Bolagets talerätt mot styrelsen eller den verkställande direktören vid befogenhetsöverskridande torde dock gälla också vid bolagets konkurs.

4. Till frågan om när en utdelning av sakvärden utgör en "vinstutdelning"

Frågan om brutto- respektive nettometodens tillämplighet vid utdelning av sakvärden i aktiebolag antas allmänt ha avgjorts slutligt i högstadomstolsavgörandena DT 231 och DT 232 från 1995. Det förstnämnda avgörandet har publicerats i NJA 1995 s. 745. Det andra målet är till synes opublicerat. Målen avgjordes samtidigt med i princip identiska domskäl. Högsta domstolens majoritet om tre justitieråd gjorde bedömningen, att nettometoden var mest förenlig med gällande rätt.

Domarna har kommenterats ymnigt i den aktiebolagsrättsliga doktrinen (se bl.a. Nerep i SvSkT 1/96 s. 74 ff.) De innehåller många klargöranden, i form av såväl *ratio decidendi* som *obiter dicta*. Samtidigt ligger det i sakens natur att vissa oklarheter kvarstår. En sådan väsentlig oklarhet kan formuleras med följande fråga: Skall en utdelning av sakvärden aktiebolagsrättsligt *kvalificeras som en vinstutdelning* enligt ABL 12 kap., när tillgångar säljs till ett pris väsentligt under tillgångarnas marknadsvärde men där priset motsvarar tillgångarnas bokförda värde? Omständigheterna i de båda här aktuella, av Högsta domstolen avgjorda målen var just sådana som frågeformuleringen avser. I det följande skall denna fråga behandlas närmare.

För belysning av frågeställningen görs följande antaganden: Ett aktiebolag har under första halvåret 2002 hållit ordinarie bolagsstämma. Därvid har bl.a. bolagets balansräkning fastställts och bolagsstämman beslutat om vinstutdelning. Efter sistnämnda disposition kvarstår enligt

fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (kalenderåret 2001) 0 i utdelningsbara medel. Vid en tillämpning av försiktighetsprincipen har det befunnits, att samtliga vinstmedel kunde delas ut till aktieägarna. Vid tillämpningen av försiktighetsprincipen har bl.a. tagits hänsyn till att bolaget har betydande s.k. dolda reserver i form av tillgångar, vars bokförda värde understiger marknadsvärdet. Det förutsätts i det följande att balansräkningen liksom tillämpningen av försiktighetsprincipen var riktig.

I oktober 2002 försålde sedan bolaget samtliga sina aktier i ett annat bolag till sina aktieägare för en köpeskilling motsvarande det bokförda värdet av aktierna (100). Aktiernas marknadsvärde vid försäljningstidpunkten var 150. Samtliga aktieägare stod bakom styrelsens beslut att sälja aktierna i fråga till det bokförda värdet. Aktieägarnas samfällda godkännande har emellertid inte kommit till uttryck i bolagsstämmobeslut eller bolagsstämmoprotokoll, utan endast konkludent. Alla aktieägare behandlades lika och det är inte aktuellt att göra gällande minoritetsskyddsprinciper. Dessutom bortses i det följande från skattekonsekvenser och eventuella krav på avsättning till reservfond.

I denna belysning upprepas frågeställningen: Skall försäljningen av aktierna till underpris men till bokfört värde *betecknas som en vinstutdelning* enligt ABL 12 kap., så att t.ex. försiktighetsprincipen skall tillämpas, liksom formföreskrifterna i ABL 12 kap.?

I monografin "Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet" har jag analyserat transaktioner som ifrågasätts vara vinstutdelningar i ett två led: I första ledet har analysen inneburit ett försök att fastställa, huruvida transaktionen utgör en "vederlagsfri utbetalning". Härvid skall prövas om aktiebolagets prestation korresponderar med motprestationen. Föreligger en värdediskrepans mellan prestationerna till aktiebolagets nackdel, och är denna dessutom i någon mening avsiktlig och väsentlig (såväl i absoluta som relativa termer), skall transaktionen betecknas som en vederlagsfri utbetalning (värdeöverföring) från bolagets sida och även behandlas som en vinstutdelning med tillämpning av regelsystemet i ABL 12 kap. *I nästa* led skall prövas huruvida vinstutdelningen är förenlig med vinstutdelningsbegränsningarna i ABL 12:2, inklusive försiktighetsprincipen (de tvingande borge-

närsskyddsreglerna). I avsaknad av konsensus aktieägarna emellan skall därutöver prövas om formföreskrifterna i ABL 12 kap. iakttagits.

Vid en sådan prövning i två led kan det med det angivna exemplet som utgångspunkt utan svårighet konstateras, att fråga är om en vederlagsfri utbetalning och således vinstutdelning till 50 och att den måste också anses ha varit avsiktlig. När utbetalningen på sätt som angivits sker till aktieägarna, kan avsikten presumeras; detsamma gäller utbetalningar till deras närstående, inklusive närståendebolag enligt t.ex. den definition som ges i lagen 1987:464 om vissa riktade emissioner i aktiemarknadsbolag, m.m., dvs. den s.k. Leolagen, eller i ABL 12:7. När bolagets medkontrahent är någon annan, kan knappast en sådan avsikt presumeras föreligga. Inte ens när medkontrahenten utgörs av personer i bolagsledningen, som icke samtidigt är aktieägare eller närstående till dessa, är det givet att en försäljning till underpris skall betecknas som en vederlagsfri, förtäckt utbetalning, särskilt i beaktande av bolagets förväntningar på grund härav om en framtida motprestation, t.ex. inom ramen för ett incitamentsprogram eller liknande.

I nästa led återigen skall sedan prövas, huruvida vinstutdelningen i fråga är förenlig med de tvingande och dispositiva bestämmelserna i ABL 12 kap.

Den nu skisserade analysmetoden förefaller naturlig: Varje transaktion, särskilt transaktioner med aktieägare eller deras närstående (närståendebolag), skall prövas för att avgöra om transaktionen skall ses som en vederlagsfri utbetalning (vinstutdelning) eller ej, oavsett om fråga är om lån, ställandet av säkerhet, försäljning till underpris, köp till överpris, utbetalning av löner och arvoden, etc. Har väl fastställts att fråga är om vederlagsfri utbetalning (t.ex. enligt de principer som diskuteras i "Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet s. 53 ff., eller Andersson s. 306 f. och Lindskog s. 41 ff.), skall sedan prövas om utbetalningen (kapitalanvändningen) är förenlig med de bestämmelser i ABL 12 kap. som tar till vara borgenärs- och minoritetsintressena. Med en transponering av ovan angivna exempel skulle således kunna konstateras, att försäljningen av aktierna till bokfört värde är en vederlagsfri utbetalning, och prövningen sedan övergå till en bedömning om bestämmelserna i ABL 12:2–3 beaktats. Härvid skulle analy-

sen kunna ge till resultat, att vad som konstateras vara en vinstutdelning visserligen överstiger vad som i fastställd balansräkning redovisas som disponibla vinstmedel (0), men eftersom utdelning skett av sakvärden på så sätt att försäljning av aktier till bokfört värde ägt rum, att bolagets bundna kapital efter försäljningen lämnats intakt, och att en tillämpning därutöver av försiktighetsprincipen inte lett till ett annat resultat, skall det förhållandet att vinstutdelningen överstiger vad som enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret utgör disponibla vinstmedel enligt nettometoden icke tillmätas rättslig relevans. Resultatet i analysmetodens första led, nämligen att fråga är om en vederlagsfri utbetalning och en vinstutdelning, förutsätter att frågan i metodens andra led behandlas på nu angivet sätt. Det saknar härvid betydelse om ABL 12:2 tillämpas direkt eller analogivis på utdelning av sakvärden, eftersom en analogitillämpning förutsätter att ordalydelsen i bestämmelsen är densamma. Men en direkt eller analogivis tillämpning av ABL 12:2 på utdelning av sakvärden förutsätter också i analysmetodens andra led att den exakta ordalydelsen i bestämmelsen överges till förmån för en tillämpning av bestämmelsen i enlighet med dess ändamål, nämligen att skydda borgenärerna med utgångspunkt i bolagets bundna kapital och därutöver med en tillämpning av försiktighetsprincipen. (Ses nämligen i ovan angivna exempel 50 som en vinstutdelning, är det uppenbart att dessa 50 överstiger vad som i fastställd balansräkning för bolaget för det senaste räkenskapsåret utgör disponibla vinstmedel, dvs. 0.)

I de två ovan nämnda avgörandena synes emellertid Högsta domstolen ha valt en annan väg. Möjligen har analysmetoden varit densamma, men det bestående intrycket är att Högsta domstolen i de två avgörandena funnit, att en försäljning av tillgångar till bokfört värde, och med ett väsentligt högre marknadsvärde, *överhuvudtaget inte är att kvalificera som en vinstutdelning*. Fördelen med en sådan slutsats är, att Högsta domstolen undviker att avvika ifrån ordalydelsen i ABL 12:2 (t.ex. till förmån för en ändamålsprövning). Samtidigt för slutsatsen med sig en rad – möjligen icke helt önskvärda – konsekvenser. Konsekvensen härav är t.ex. att försiktighetsprincipen icke alls blir tillämplig. Vidare saknar det betydelse, att aktiebolaget som svarar för försäljningen vid försäljningstidpunkten har ett negativt eget kapital, eller att bolaget vid

en efterföljande ordinarie bolagsstämma befinns ha ett väsentligt urholkat bundet kapital på grund av t.ex. förluster under det verksamhetsår, under vilket den ifrågasatta försäljningen ägde rum. Vid försäljningstidpunkten kan bolaget t.ex. på grund av en påfallande negativ verksamhetsutveckling ha balansmässigt en så svag ställning att faktisk kapitalbrist enligt ABL 13 kap. föreligger. Vid en konkurs kan visserligen återvinning aktualiseras, och fråga kan t.o.m. vara om brott mot borgenär enligt brottsbalkens 11 kap., men fråga skulle icke vara om vinstutdelning i den i ABL 12 kap. angivna meningen.

De nu gjorda slutsatserna om Högsta domstolens tolkningsmetod grundas på domskälen i de båda målen. I domskälen i det i NJA 1995 s. 742, refererade målet s. 759 (vilka domskäl i denna del är identiska med dem som förekommer i det andra målet DT 231 s. 5), görs nämligen följande och för frågeställningen helt avgörande, inledande anmärkningar. Först formuleras huvudfrågan i målet. Denna är, huruvida i borgenärsskyddshänseende skillnaden mellan marknadsvärde och bokfört värde – när tillgången sålts till bokfört värde och marknadsvärdet är högre än det bokförda värdet – "skall anses utgöra sådan vinstutdelning till aktieägarna" som regleras i ABL 12:2, 1 st. Därefter diskuterar Högsta domstolen frågan, huruvida sakutdelningar överhuvudtaget kan rättsligt kvalificeras som vinstutdelning i beaktande av att lagtexten i första hand åsyftar utdelning av pengar. Härtill accepterar Högsta domstolen ståndpunkten, att sakutdelningar också kan inrymmas under begreppen utbetalning av bolagets medel och vinstutdelning. För det fall således utdelningen avser annat än pengar, är ABL 12:2 direkt eller analogivis tillämplig. Denna av Högsta domstolen gjorda slutsats avgör emellertid inte frågan om en försäljning till underpris, men till bokfört värde, skall utgöra en vinstutdelning i samma mening. Den frågan upptar Högsta domstolen nämligen i nästföljande stycke.

Det är härvid Högsta domstolens beskrivning av "två helt skilda synsätt", som kommit till uttryck i brutto- och nettometoden, som får avgörande betydelse för här aktuell frågeställning. Nettometoden sägs nämligen av Högsta domstolen innebära "att borgenärsskyddskravet medför att *utdelningen* [kursiveringen tillagd] skall anses vara lika stor som beloppet av tillgångarnas bokförda värde hos bolaget". Bruttometoden

beskrivs på motsvarande sätt så att "utdelningen istället [skall] anses ha skett med ett belopp motsvarande ett annat värde hos tillgången, vanligen det bedömda marknadsvärdet".

Med denna utgångspunkt i själva beskrivningen av de olika metoderna följer med nödvändighet, att om det vederlag som bolaget erhåller för de utgivna sakvärdena motsvarar bokfört värde, *skall enligt nettometoden en utdelning inte anses ha skett*; om marknadsvärdet således väsentligt överstiger det bokförda värdet, skall skillnaden mellan dessa värden icke ses som en utdelning. Vid en tillämpning av nettometoden kan *utdelningen* icke bli större än de utdelade tillgångarnas bokförda värde. Det sagda kommer också till uttryck i en senare del av domskälen (se det refererade målet s. 767, och DT 231 s. 15), vilka även i denna del är identiska i de båda målen. Efter en noggrann analys av brutto- och nettometoden, finner Högsta domstolen att nettometoden är mest förenlig med gällande rätt och gör härvid följande konklusion:

> "På grund av det anförda kan det inte anses stå i strid med regeln i 12 kap. 2 §, 1 st. aktiebolagslagen att till grund för bedömningen av storleken av en sakutdelning lägga det bokförda värdet av tillgångarna i fråga och inte ett högre värde, såsom t.ex. deras bedömda marknadsvärde."

En sakutdelning skall således motsvara tillgångens bokförda värde när det gäller att bedöma utdelningens storlek. Högsta domstolens synsätt bekräftas slutligt i domskälen i det ena målet (det orefererade målet DT 231 s. 16) i ett stycke som icke återfinns i det i NJA refererade målet:

> "I förbigående kan här anmärkas att konkursboet i Högsta domstolen synes ha hyst uppfattningen att en sådan utdelning som skulle vara i fråga i förevarande mål borde betraktas som ogiltig redan därför att den inte beslutas på bolagsstämma och inte heller blivit "läkt" genom att det i en efteråt fastställd balansräkning kunnat konstateras att det bundna kapitalet förblivit intakt. Av vad som anförts i det föregående torde framgå att en sådan ståndpunkt inte skulle vara förenlig med den där dragna slutsatsen."

I de sist citerade domskälen redogör således Högsta domstolen för vissa av de konsekvenser som Högsta domstolen ovan citerade slutsats om utdelningens storlek ger. När nettometoden, som Högsta domstolen

konstaterat, utgör gällande rätt, kan vinstutdelningen icke överstiga den sakutdelade tillgångens bokförda värde, oaktat att tillgångens marknadsvärde är väsentligt högre. Om ett aktiebolag säljer tillgångar till bokfört värde, föreligger därför ingen vinstutdelning, oavsett att marknadsvärdet är väsentligt högre än det bokförda värdet.

I ett *obiter dictum* uttalar visserligen Högsta domstolen (se NJA 1995 s. 742 s. 764 och DT 231 s. 12), att försiktighetsprincipen i ABL 12:2, 2 st., "får anses tillämplig oavsett vilket värde som används vid prövningen enligt första stycket och är således tillkommen just för att tillgodose kravet på konsolidering". Aktiebolagskommittén har också i delbetänkandet, "Vinstutdelning i aktiebolag" (SOU 1997:168 s. 80) tagit fasta på detta högstadomstolsuttalande och utformat ett lagförslag i enlighet härmed. Det skall emellertid understrykas, att uttalandet *skall ses mot bakgrund av Högsta domstolens definition av brutto- respektive nettometoden*. Uttalandet tar således sikte på den situationen att sakutdelning sker *utan* motprestation uppgående till bokfört värde. Härvid gäller, att oavsett om till grund för beräkningen av utdelningens storlek läggs det bokförda värdet eller marknadsvärdet, skall försiktighetsprincipen vara tillämplig. I det omvända fallet, där försäljning sker av tillgångar för ett pris motsvarande det bokförda värdet, *föreligger emellertid per definition ingen vinstutdelning, varför ej heller försiktighetsprincipen blir tillämplig.*

Slutsatsen av det anförda måste således bli, att med Högsta domstolens tillämpning av nettometoden i de två aktuella målen föreligger med domstolens egen definition ingen vinstutdelning enligt regelsystemet i ABL 12 kap. när ett aktiebolag säljer tillgångar för ett pris motsvarande tillgångarnas bokförda värde, trots att tillgångarnas marknadsvärde väsentligt överstiger det bokförda värdet. Av detta följer också att vinstutdelningsbegränsningarna i ABL 12:2 överhuvudtaget icke blir tillämpliga. Eftersom en vinstutdelning inte kan anses ha skett i det beskrivna fallet, behöver en jämförelse icke ske av skillnaden mellan marknadsvärde och bokfört värde, å ena sidan, och utdelningsbart belopp enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, å den andra. Vidare blir det inte aktuellt att tillämpa försiktighetsprincipen enligt ABL 12:2, 2 st., av samma skäl. Ej heller aktualiseras en till-

lämpning av formföreskrifterna i ABL 12:3 med hänsyn till att dessa endast avser beslut om vinstutdelning. (Jfr Lindskog s. 57 ff.) Lindskog förefaller på grund härav också begagna beteckningen kapitalanvändningsvärde såsom uttryck för det värde, dvs. det bokförda värdet, som skall jämföras med disponibla vinstmedel enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret, när köpeskilling icke utgått för tillgångarna i fråga. Det sagda hindrar inte att likhetsprincipen, generalklausulen i ABL 9:37, jävsreglerna, etc. blir tillämpliga, eftersom dessa principer icke endast avser beslut om vinstutdelning. (En beskattning av skillnadsbeloppet marknadsvärdet och det bokförda värdet emellan kan också komma att ske, beroende på skatterättens utgångspunkter för beskattning, dvs. om fråga skall vara om utdelning eller icke i aktiebolagsrättslig mening.)

5. Värdeöverföring och vinstutdelning enligt Lagförslaget

Aktiebolagskommittén har i Lagförslaget uppmärksammat de ovan påtalade konsekvenserna av Högsta domstolens avgöranden (se SOU 1997:168 s. 79 f. och 100 ff. samt SOU 2001:1 s. 354 ff.).

I *Lagförslaget* synes också bristerna i regelsystemet som dessa konsekvenser ger upphov till huvudsakligen ha korrigerats. Följande gäller enligt Lagförslaget.

1. Grundläggande för regelsystemet i Lagförslaget är begreppet "*värdeöverföring*". Begreppet är synonymt med "vederlagsfri utbetalning", eller "en icke affärsmässigt betingad transaktion", men är pedagogiskt sett träffsäkrare i det att det klarare anger, att fråga icke uteslutande är om kontanta överföringar. Med "värdeöverföring" avses en affärshändelse eller transaktion, som från aktiebolagets synpunkt innebär en förmögenhetsöverföring (eller skuldökning) helt eller delvis utan motprestation. Mellan bolagets prestation och motprestationen föreligger således en värdediskrepans till nackdel för bolaget. Transaktion skall ha företagits av annat än rent affärsmässiga skäl; den skall således ha varit avsiktligt icke affärsmässig.

(Se härom närmare SOU 2001:1 s. 354 ff., men även SOU 1997:168 s. 66 f.) Det saknar relevans vem som är förmånstagaren av värdeöverföringen, dvs. aktieägare eller annan, även om, såsom ovan påtalats, det torde tillhöra sällsyntheterna att en värdeöverföring sker till annan än aktieägare, deras närstående eller närståendebolag. En formenlig värdeöverföring till aktieägarna betecknas i Lagförslaget som en vinstutdelning. Begreppet "värdeöverföring" har i Lagförslaget 14:1 givits en särskild definition (jfr "utbetalning"), omfattande bl.a. vinstutdelning, förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, utskiftning vid likvidation samt annan affärshändelse, om den innebär att bolaget av annat än rent affärsmässiga skäl minskar sin förmögenhet.

2. För värdeöverföringar som *icke är lagreglerade* och formenliga, dvs. de som tidigare betecknats som förtäckt vinstutdelning eller sakutdelning, gäller vidare enligt Lagförslaget 14:2, att sådana *förutsätter samtliga aktieägares godkännande.* (Se härom avsnittet ovan.)
3. För samtliga former av värdeöverföringar, inklusive vad som ovan betecknas som sakutdelningar, gäller enligt Lagförslaget 14:3 den tvingande borgenärsskyddsregeln, att det *efter* värdeöverföringen skall finnas full täckning för bolagets bundna egna kapital. Detta var inte förutsatt i ovan redovisade högstadomstolsavgöranden från 1995. Tvärtom uttalades i det orefererade målet (DT 231 s. 16), att frågan om huruvida det bundna egna kapitalet var "läkt" eller inte efter sakutdelningen eller värdeöverföringen saknade relevans. Innebörden av sagda borgenärsskydd illustreras i författningskommentaren (SOU 1997:168 s. 101) enligt följande. Om ett aktiebolag med ett bundet eget kapital om 100 och disponibla vinstmedel om 0 till sina aktieägare eller annan säljer en tillgång bokförd till 50 men marknadsvärderad till 100, skall skillnaden mellan marknadsvärdet och det bokförda värdet, dvs. 50, betecknas som en värdeöverföring (vederlagsfri utbetalning). Eftersom bolagets bundna egna kapital lämnas opåverkat av transaktionen, är den laglig, förutsatt att en tillämpning av försiktighetsprincipen icke leder till

annat resultat. Om bolaget däremot på grund av förluster uppvisar ett negativt eget kapital, kan värdeöverföring icke ske, om inte samtidigt – genom transaktionen eller på annat sätt – bolaget tillförs så mycket tillgångar (eller skulderna nedsätts i så stor omfattning) att det bundna egna kapitalet efter transaktionen är intakt, dvs. att det efter värdeöverföringen finns full täckning för det bundna egna kapitalet. Ett sätt att tillse, att så blir fallet, är att öka förvärvspriset avseende tillgången i fråga i så stor utsträckning att därigenom det bundna egna kapitalet blir täckt. Alternativt kan full täckning av det bundna egna kapitalet vinnas genom tillförandet av andra tillgångar, uppskrivning, nedsättning av aktiekapital, eftergift av fordringar, dvs. skuldreducering, etc. Med full täckning av bolagets bundna egna kapital förstås nämligen kravet, att det sammanlagda bokförda värdet av bolagets tillgångar minst motsvarar summan av skulderna och avsättningarna enligt samma balansräkning med ett belopp som minst motsvarar summan av aktiekapitalet, reservfonden, uppskrivningsfonden, och fond som enligt bestämmelse i bolagsordningen skall vara bunden (jfr SOU 2001:1 s. 357). Vad som förutsätts är således inte att det bundna egna kapitalet skall vara på samma nivå som före värdeöverföringen, utan endast att det finns full täckning för det bundna kapitalet.

4. Vid samtliga former av värdeöverföringar, inklusive vinstutdelning, förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapital och sakutdelning, skall försiktighetsprincipen tillämpas enligt Lagförslaget 14:3, 2 st. *Försiktighetsprincipens tillämpning knyts därmed till värdeöverföringar*, och icke till "vinstutdelning" som i gällande rätt och enligt ovan nämnda högstadomstolsavgöranden. Med hänsyn till att även försäljningar till bokfört värde, när marknadsvärdet överstiger det bokförda värdet, definieras såsom värdeöverföringar i Lagförslaget 14:1, blir försiktighetsprincipen tillämplig även i sådana fall av värdeöverföringar. Försiktighetsprincipen skall också tillämpas oavsett om det är bolagsstämman eller styrelsen som fattar beslutet om värdeöverföringen och oavsett om värdeöverföringen sker till aktieägare eller annan. (Om försiktighetsprin-

cipens närmare innehåll, se SOU 1997:168 s. 76 ff.) Försiktighetsprincipen är tvingande till skydd för bolagets borgenärer.

5. I Lagförslaget 14:3, 1 st., andra och tredje meningen, har härutöver uppställts kravet, att "beräkningen" av täckningen för det egna kapitalet skall ske på visst sätt. Om beslutet om värdeöverföring tas vid ordinarie bolagsstämma, skall det bundna egna kapitalet beräknas enligt den på bolagsstämman fastställda balansräkningen. I annat fall – dvs. när beslut tas vid extra bolagsstämma eller av styrelsen – skall beräkningen grundas på en sedvanlig uppsättning av handlingar. Av särskild betydelse får dessa handlingar antas vara vid tillämpningen av försiktighetsprincipen. Det förhållandet att "beräkningen" av bolagets bundna egna kapital, och huruvida detta är täckt eller inte, skall ske på grundval av nyssnämnda handlingar får antas vara ett utlopp för det tvingande borgenärsskyddet. Beräkningen kan ske i samband med värdeöverföringen eller i efterhand enligt en rekonstruktion. I egenskapen av formföreskrift kan emellertid inte den ifrågavarande bestämmelsen anses vara tvingande. Följaktligen bör gälla, att även om nyssnämnda handlingar icke framlagts på extra bolagsstämma eller styrelsemöte till grund för beräkningen av det bundna egna kapitalet vid beslut av värdeöverföring, skall värdeöverföringen anses vara laglig, om det efter värdeöverföringen befinns, att det bundna egna kapitalet har full täckning, förutsatt att aktieägarna är överens om formavvikelsen. Såsom formföreskrift är således bestämmelsen dispositiv. Den nu gjorda tolkningen stämmer bäst överens med vad som ovan omtalats om formföreskrifter som dispositiva regler, men även med vad Aktiebolagskommittén själv uttalat i skilda sammanhang, särskilt i SOU 1997:168 s. 65 f.: "Genom regler om *formerna* för värdeöverföringar från bolaget garanteras aktieägarna insyn och inflytande över kapitalanvändningen". "Genom begränsningar i fråga om *omfattningen* av sådana värdeöverföringar skapas ett skydd för bolagets borgenärer".

Härvid tilläggs, att reglerna om "formerna för värdeöverföringen från bolaget är uppställda i aktieägarnas intresse" och kan åsidosättas om samtliga ägare är ense därom. I fråga om reglerna om kom-

petensfördelningen mellan bolagsorganen demonstrerar emellertid Aktiebolagskommittén en kluven inställning i följande uttalande: "Även dessa regler, t.ex. att endast bolagsstämman eller samtliga aktieägare kan besluta om vinstutdelning, är tvingande", med hänvisning till prop. 1975:103 s. 417.

Uttalandet är en smula förbryllande, i beaktande av att själva essensen i en tvingande aktiebolagsrättslig bestämmelse är, att avvikelse icke kan ske från bestämmelsen, även om "samtliga aktieägare" är överens därom. En fråga som uppkommer är därför hur det kan vara möjligt att en bestämmelse, som föreskriver att samtliga aktieägare skall vara överens, kan vara tvingande, när en avvikelse från en dispositiv bestämmelse förutsätter enighet mellan samtliga aktieägare.

Den här gjorda tolkningen vinner också stöd av Lagförslaget 14:2, 2 st., enligt vilket en värdeöverföring får ske, om samtliga aktieägare samtycker därtill. I författningskommentaren (SOU 2001:1 s. 356) anges, att det ifrågavarande stadgandet ger uttryck för den grundläggande principen, att regler uppställda uteslutande till aktieägarnas skydd kan åsidosättas, om samtliga aktieägare samtycker därtill. Bestämmelsen i fråga har också givits rubriken "tillåtna former för värdeöverföring". Stadgandets räckvidd är emellertid oklar. Av andra stycket synes följa, att formföreskrifterna är dispositiva i *samtliga* i första stycket angivna fall – dvs. vinstutdelning, förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, likvidation och gåva – i den meningen att om samtliga aktieägare samtycker, kan avvikelse ske från formföreskrifterna. Härutöver tar det andra stycket sikte på andra former av värdeöverföringar, som inte regleras i lagen.

Betydelsen av det andra stycket skulle således vara, att samtliga formföreskrifter för alla former av värdeöverföringar, oavsett om dessa är lagreglerade eller inte, är dispositiva i nu angiven mening. Huruvida detta varit Aktiebolagskommitténs syfte med stadgandet, kan inte med säkerhet fastställas. I det tidigare delbetänkandet, "Vinstutdelning i aktiebolag" (se SOU 1997:168 s. 67), förefaller

kommittén ha en strängare syn på formföreskrifter som upptagits i Lagförslaget 14:2, 1 st. Under rubriken "Formerna för värdeöverföringar till aktieägare eller annan" uttalar nämligen kommittén i betänkandet, att bestämmelserna om nedsättning och likvidation är uppställda i borgenärernas intresse och därför tvingande. Det är i och för sig inte uteslutet att uttalandet endast avser de tvingande borgenärsskyddsreglerna, och inte formföreskrifterna, i de aktuella avsnitten i aktiebolagslagen. Varför uttalandet förekommer under ovan citerade rubrik blir dock under sådana förhållanden oklart. Härtill kommer emellertid att vissa av de beslut om värdeöverföringar som listats i Lagförslaget 14:2, 1 st., t.ex. nedsättning av aktiekapital och likvidation, skall anmälas till PRV för registrering, såväl enligt gällande rätt som enligt Lagförslaget, se 17:14 och 22:8. En sådan anmälan och efterföljande registrering förutsätter ett protokollerat bolagsstämmobeslut. Sker inte en anmälan om beslut om nedsättning av aktiekapitalet, förfaller beslutet, se Lagförslaget 17:14, 2 st., första meningen. (Om kravet på fastställd balansräkning såsom dispositiv eller tvingande regel, se nästföregående avsnitt.)

6. Under rubriken "Värdeöverföringar under löpande räkenskapsår" upptas i Lagförslaget slutligen, såvitt har intresse i förevarande sammanhang, följande (se Lagförslaget 14:4):

   "Under tiden fr.o.m. den ordinarie bolagsstämma på vilken resultaträkning och balansräkning för ett räkenskapsår har fastställts till den ordinarie bolagsstämma på vilken årsredovisningen för närmast följande räkenskapsår skall behandlas får värdeöverföringar ske med ett sammanlagt belopp som uppgår till högst det fria egna kapitalet enligt den fastställda balansräkningen."

   Det föreslagna stadgandet är uppenbarligen avsett att vara tvingande. Genom sin rubricering och sitt innehåll ger stadgandet emellertid upphov till oklarheter. För det första omfattar såväl rubriken som stadgandets innehåll samtliga värdeöverföringar enligt vad som föreskrivits om begreppet värdeöverföring i Lagförslaget 14:1, dvs. såväl formenliga värdeöverföringar (vinstutdelning, förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapital, likvidation, m.m.) som

icke formenliga sådana (dvs. andra affärshändelser som innebär värdeöverföringar). Rubriken blir mot bakgrund härav lätt förbryllande: När annars än "under löpande räkenskapsår" skall en värdeöverföring kunna ske? Samtliga värdeöverföringar, oavsett i vilken form, sker under ett löpande räkenskapsår.

För det andra anges i författningskommentaren (SOU 2001:1 s. 358 f.) till det föreslagna stadgandet att det enligt förslaget skall vara möjligt att besluta om värdeöverföring på extra stämma. Så är väl fallet enligt gällande rätt beträffande samtliga former av värdeöverföringar enligt vad som upptagits i Lagförslaget 14:1.

För det tredje sätts i det föreslagna stadgandet en definitiv gräns för värdeöverföringar "under löpande räkenskapsår": Sådana får ske med ett sammanlagt belopp som uppgår till högst det fria egna kapitalet enligt den fastställda balansräkningen. Skall denna gräns avse samtliga värdeöverföringstyper, inklusive utskiftning vid likvidation, nedsättning av aktiekapital och förvärv av egna aktier? Det är svårt att se ett rationellt skäl till en sådan värdeöverföringsgräns vid i vart fall nedsättning av aktiekapitalet och utskiftning vid likvidation. Av intresse i förevarande sammanhang är emellertid vad som skall gälla beträffande denna värdeöverföringsgräns när värdeöverföringen utgörs av en s.k. sakutdelning. Antag således i enlighet med ovan angivna exempel, att disponibla vinstmedel, dvs. det fria egna kapitalet, enligt den fastställda balansräkningen är 0 och att bolaget säljer en tillgång till aktieägare eller annan marknadsvärderad till 150 för bokfört värde 100. Antag att bolagets bundna egna kapital var intakt före försäljningen och att försiktighetsprincipen inte kräver en särskild konsolidering. Såsom Lagförslaget 14:4 utformats, kan en värdeöverföring om 50 i det givna exemplet icke äga rum, eftersom bolagets fria egna kapital enligt den fastställda balansräkningen var 0. En sådan tilllämpning är inte förenlig med Lagförslaget 14:3, som tillåter varje värdeöverföring, under förutsättning att det finns full täckning för det bundna egna kapitalet efter överföringen och försiktighetsprincipen icke ger ett annat resultat. Genom förslaget i 14:4 synes rättsläget återgå till det oklara läge som förelåg före NJA 1995 s. 742, mot bakgrund av den

nu gällande formuleringen av ABL 12:2, nämligen att vinstutdelning inte får överstiga vad som enligt fastställd balansräkning utgör disponibla vinstmedel. Det är sedan fullt möjligt att den nu redovisade tilllämpningen av Lagförslaget 14:4 icke är åsyftad av Aktiebolagskommittén. Av författningskommentaren (SOU 2001:1 s. 358 f.) framgår emellertid icke med bestämdhet vad kommittén avsett. Förslaget är också nytt i förhållande till vad som föreslogs i delbetänkandet, "Vinstutdelning i aktiebolag", SOU 1997:168. En högre grad av rationalitet skulle förmodligen vinnas om begreppet "värdeöverföringar" i *detta* stadgande ersattes av begreppet "vinstutdelning", underförstått att det senare avser utdelning av kontanta medel. Många, men inte nödvändigtvis alla, av de oklarheter som ovan berörts skulle med all säkerhet undvikas genom ett sådant begreppsskifte.

6. Om efterutdelning, förskottsutdelning och koncernbidrag

Varje värdeöverföring (vederlagsfri utbetalning), så också vinstutdelning, förutsätter för sin giltighet eller laglighet att de tvingande borgenärsskyddsreglerna iakttas. Det bundna egna kapitalet skall vara intakt efter överföringen och därutöver skall försiktighetsprincipen tillämpas. Om samtliga aktieägare är överens härom, kan däremot formföreskrifterna avseende värdeöverföringar och vinstutdelningar negligeras.

En efterutdelning är i detta perspektiv att behandla som varje annan värdeöverföring eller vinstutdelning. En efterutdelning är en annan värdeöverföring eller vinstutdelning än den som det fattas beslut om vid ordinarie bolagsstämma i anslutning till att balansräkningen avseende det senaste räkenskapsåret fastställts. I begreppet efterutdelning skall förmodligen också – till skillnad från förtäckt vinstutdelning eller icke formenlig värdeöverföring – rymmas, att utdelningen skall vara formenlig, dvs. ske i enlighet med beslut vid *extra* bolagsstämma. Möjligen kan skillnad göras mellan efterutdelning i vid mening, dvs. all värdeöverföring eller utdelning som äger rum utanför och efter den ordinarie bolagsstämman, å ena sidan, och efterutdelning i inskränkt mening,

dvs. formenlig utdelning enligt beslut vid extra bolagsstämma, å den andra. Oavsett begreppstolkningen gäller att samtliga utdelningsformer är lagliga och giltiga om de sker inom ramen för borgenärsskyddet och – vid formavvikelse – med samtliga aktieägares godkännande.

Enligt gällande rätt förutsätter en efterutdelning i denna inskränkta mening inte att aktieägarna vid bolagsstämman tillhandahålls något särskilt beslutsunderlag. En annan sak är att detta är rekommendabelt. Vid beslut om efterutdelning bör beslutsfattarna ha tillgång till ett sådant beslutsunderlag som bestämmer gränserna i borgenärsskyddshänseende för utdelningen. Främst gäller det sagda tillämpningen av försiktighetsprincipen. Under tiden fram till den bolagsstämma vid vilken beslut om efterutdelning skall äga rum kan verksamheten i bolaget utvecklas så negativt att en tillämpning av försiktighetsprincipen inte medger en efterutdelning. (Till tillämpningen av försiktighetsprincipen återkommer framställningen nedan.)

1. Enlig *Lagförslaget* 14:3 skall beslut om efterutdelning vid extra bolagsstämma grundas på ett beslutsunderlag, bl.a. bestående i årsredovisningshandlingar, revisionsberättelse, en styrelses redogörelse och ett yttrande av revisorerna. Såsom har konstaterats ovan, skall detta krav på beslutsunderlag icke betecknas som ett tvingande borgenärsskydd, utan som ett dispositivt minoritetsskydd: Om samtliga aktieägare är överens härom, kan således avvikelser ske från bestämmelsen i fråga. I aktiebolag med stor ägarspridning är normalt en sådan avvikelse inte praktiskt möjlig. I enmans- eller fåmansbolag kan emellertid vid enhällighet bestämmelsen lämnas därhän. Slutsatsen om bestämmelsens dispositiva natur grundas i förstone på dess utformning: Det ifrågavarande beslutsunderlaget skall vara tillgängligt i syfte att "beräkningen av täckningen för det bundna egna kapitalet" skall kunna grundas därpå. En sådan beräkning kan emellertid också göras i efterhand och rekonstrueras på grundval av beslutsunderlaget i fråga. Av central betydelse är endast att det *faktiskt* föreligger täckning för bolagets bundna egna kapital efter värdeöverföringen. Härutöver skall försiktighetsprincipen städse tilllämpas.

En annan grund för slutsatsen är, att såväl gällande rätt som Lagförslaget tillåter värdeöverföringar, helt utan att bolagsstämman fattar beslut härom, dvs. icke formenliga värdeöverföringar (eller förtäckta vinstutdelningar), under förutsättning endast att aktieägarna är överens härom. Det synes därför inte vara logiskt att kvalificera bestämmelsen om beslutsunderlaget som en tvingande regel, när samtidigt värdeöverföringar helt utan upprätthållande av formkrav godtas. Det sist sagda framgår också av Lagförslaget 14:2. I Lagförslaget 14:3 kommer dessutom ett alternativ till uttryck såtillvida, att beslut om efterutdelning också kan fattas av styrelsen. Även vid sådana styrelsebeslut skall beräkningen av täckningen för det bundna egna kapitalet grundas på sagda beslutsunderlag. Aktieägarna kan samfällt instruera styrelsen om att utföra en beräkning på det anvisade sättet. Försummelse från styrelsens sida att följa en sådan instruktion kan vara skadeståndsgrundande. Om emellertid aktieägarna instruerar styrelsen att fatta beslut om efterutdelning utan det sagda beslutsunderlaget, kan *detta* förhållande i och för sig icke grunda beslutets ogiltighet eller olaglighet.

2. Mot det anförda skulle kunna invändas, att ett beslut om efterutdelning i vart fall förutsätter en tidigare, vid ordinarie bolagsstämma fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret för att vara giltigt och lagligt (se t.ex. Andersson s. 574 ff.). Denna förutsättning skulle därmed utgöra en tvingande princip till skydd för bolagsborgenärerna. På samma grunder som bestämmelserna i Lagförslaget 14:3 om beslutsunderlag vid extra bolagsstämma måste emellertid kravet på en fastställd balansräkning betecknas som dispositiv. Eftersom en fullständigt oriktig balansräkning enligt vad som ovan anförts i sig inte grundar ogiltighet eller olaglighet, kan den totala avsaknaden av en balansräkning som fastställts ej behandlas på annat sätt. Det för ogiltiga och olagliga värdeöverföringar utformade sanktionssystemet enligt gällande rätt (ABL 12:5, 2 st.) och enligt Lagförslaget (14:6, 3 st.) är nämligen tillämpligt endast när de tvingande borgenärsskyddsreglerna om bundet eget kapital och försiktighetsprincipen överträtts. Ett krav på fastställd balansräkning blir i beaktande av sanktionssystemet

inte meningsfullt, om inte kravet utvidgas till att omfatta en fastställd och *korrekt* upprättad balansräkning enligt god redovisningssed, m.m. På samma sätt som vid avsaknaden av en fastställd balansräkning skulle en fastställd men oriktigt upprättad balansräkning med avvikelse från god redovisningssed till grund för en vinstutdelning i sådant fall leda till att utdelningen – oaktat att det bundna egna kapitalet hade full täckning efter utdelningen och överträdelse av försiktighetsprincipen inte skett – i och för sig var ogiltig och olaglig. Följden av ett sådant synsätt skulle vara, att all värdeöverföring och all vinstutdelning som icke grundades på en fullt korrekt och fastställd balansräkning skulle vara ogiltig. Det sagda skulle också gälla oberoende av om vinstutdelningen hade varit möjlig vid en fullt korrekt upprättad och fastställd balansräkning. Detta har veterligen aldrig tidigare hävdats och ligger, som ovan påtalats, ej heller i linje med regelsystemet i aktiebolagslagen. Synsättet är ej heller förenligt med den gängse inställningen – i såväl gällande rätt som i Lagförslaget – att icke formenliga värdeöverföringar är giltiga så länge det bundna egna kapitalet är täckt och försiktighetsprincipen iakttas.

3. En efterutdelning i vid och inskränkt mening innebär följaktligen ett icke formenligt eller formenligt ianspråktagande av disponibla vinstmedel enligt en fastställd och korrekt upprättad balansräkning, eller, om sådan inte upprättats, enligt den fastställda och korrekta balansräkning som *borde* ha upprättats. Utanför begreppet efterutdelning synes emellertid falla den sakutdelning där försäljning sker av tillgångar till bokfört värde, vilket värde understiger marknadsvärdet. Det sistnämnda är en värdeöverföring (vederlagsfri utbetalning), men inte en efterutdelning.

   Till skillnad från en efterutdelning utgör en *förskottsutdelning* icke ett sådant ianspråktagande av disponibla vinstmedel. En förskottsutdelning tar fastmera sikte på *förväntade* vinstmedel. Grunden till en förskottsutdelning är således förväntningarna om den vinst som verksamheten under det räkenskapsår under vilket förskottsutdelningen äger rum (eller i vart fall i tiden före den ordinarie bolagsstämma, vid vilken en balansräkning för detta räken-

skapsår skall fastställas) slutligen skall medföra. Förskottsutdelningen skulle emellertid också kunna avse förväntningarna om en vinst under nästföljande räkenskapsår eller räkenskapsåren därefter. (Förskottsutdelningen avser således anteciperad vinst och är på så sätt en s.k. interimsutdelning.) Begreppet förskottsutdelning saknar emellertid en legaldefinition. Det enda som med säkerhet kan sägas om förskottsutdelningen är att den går utöver vad som är tillgängligt för utdelning enligt fastställd balansräkning för det *senaste* räkenskapsåret. Förhållandet mellan en efterutdelning och en förskottsutdelning skulle också kunna beskrivas så att när efterutdelningen blir större än vad fastställd balansräkning medger i form av disponibla vinstmedel och med iakttagande av försiktighetsprincipen, skall diskrepansen utgöra en förskottsutdelning.

4. Enligt den vedertagna uppfattningen är en efterutdelning inom ramen för borgenärsskyddsreglerna giltig och laglig, alltmedan en förskottsutdelning, som inte ryms inom disponibla vinstmedel enligt fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret (och en tillämpning av försiktighetsprincipen), dvs. som inte är en efterutdelning, är olaglig och ogiltig. Om dessa två slutsatser råder full enighet i den aktiebolagsrättsliga doktrinen.

   Enligt *Lagförslaget* skall "förbudet mot förskottsutdelning" kvarstå (se SOU 1997:168 s. 70, och SOU 2001:1 s. 358): "Utbetalningar i förskott skall så även i fortsättningen vara förbjudna medan utbetalningar i efterskott, vare sig de sker öppet eller förtäckt, godtas." Rättsföljden av en sådan olaglig förskottsutdelning skall emellertid betraktas mot bakgrund av sanktionssystemet (ABL 12:5 och i Lagförslaget 14:6). I första hand stadgas återbäringsansvar, i andra hand skall bristtäckning ske. (Till dessa sanktionsregler återkommer framställningen nedan.) Detta återbärings- och bristtäckningsansvar kan ofta icke komma att aktualiseras *sedan förväntningarna om en vinst motsvarande förskottsutdelningen väl realiserats*. Den olagliga förskottsutdelningen kan därigenom komma att legaliseras och övergå till att bli en formenlig vinstutdelning på ordinarie eller extra bolagsstämma inom ramen för borgenärsskyddsreglerna.

Saken kan också utvecklas så att förskottsutdelningen motsvaras av, eller ligger inom ramen för, vad som sedermera beräknas vara faktiska, disponibla vinstmedel. En förskottsutdelning borde emellertid också kunna legaliseras genom ett efterföljande, icke formenligt vinstutdelningsbeslut av aktieägarnas samfällt eller på grund av deras samfällda direktiv, uttryckligen eller konkludent. Även härvid bör gälla, att den balansräkning som borde ha upprättats och fastställts skall läggas till grund för "legaliseringsprövningen". Avgörande bör återigen vara förekomsten av faktiska, disponibla vinstmedel med hänsyn till det årsbokslut som borde ha upprättats avseende det räkenskapsår, under vilket förskottsutdelningen ägde rum. Återbärings- och bristtäckningsansvaret utlöses givetvis, om bolaget går i konkurs innan vinstmedel motsvarande förskottsutdelningen upparbetats. (Redovisningstekniskt finns ingen "vinst" före räkenskapsårets utgång.) Detsamma gäller om den realiserade vinsten är mindre än förskottsutdelningen, varvid mellanskillnaden kan grunda ett betalningsansvar.

Slutligen kan situationen gestalta sig så att verksamhetsutvecklingen under det nästföljande räkenskapsåret är så negativ, att en tillämpning av försiktighetsprincipen icke medger en vinstutdelning motsvarande förskottsutdelningen, varför samma ansvar kan komma att aktualiseras. För det fall förskottsutdelningen inte fullt ut legaliseras före en konkurs, kan de ansvariga träffas av ytterligare sanktioner, t.ex. straffpåföljderna i brottsbalken 11 kap. Ju närmare räkenskapsårets slut förskottsutdelningen äger rum, desto mindre får allmänt sett risken antas vara för att återbärings- eller bristtäckningsansvar kan komma i fråga. En förskottsutdelning som sker strax före räkenskapsårets utgång, eller t.o.m. därefter sedan årsbokslut upprättats, får allt som oftast antas ha ägt rum på grundval av rimliga antaganden om disponibla vinstmedel. Den risk som därvid kvarstår är att utrymmet för vinstutdelning reduceras på grund av en negativ verksamhetsutveckling före den slutgiltiga legaliseringen – på grund av en tillämpning av försiktighetsprincipen – i samband med en formenlig eller icke formenlig vinstutdelning.

5. Gällande aktiebolagslag, ävensom Lagförslaget, saknar särskilda regler om *koncernbidrag*. Koncernbidragsbegreppet är skatterättsligt förankrat. Företeelsen ger möjlighet till resultatutjämning inom en koncern. Aktiebolagsrättsligt är ett koncernbidrag från ett dotterbolag till moderbolaget, eller via moderbolaget till andra delar av koncernen, i regel att jämställa med en förskottsutdelning men mera sällan en efterutdelning. Det saknar härvid betydelse om koncernen utgör en koncern enligt koncerndefinitionen i ABL 1:5. För bedömningen av frågan, huruvida koncernbidraget utgör en förskottsutdelning och huruvida den som sådan är laglig eller inte, är det endast av betydelse att det *koncernbidragsgivande* aktiebolaget är registrerat som sådant i Sverige. (Det inledande stycket i Aktiebolagskommitténs betänkande, "Vinstutdelning i aktiebolag", SOU 1997:168 s. 80, om koncernbidrag upptar koncerndefinitionen och ger därmed det vilseledande intrycket av att ett koncernbidrag endast kan ges inom en sådan koncern. Inte ens skatterättsligt synes så behöva vara fallet.) Ett koncernbidrag kan självfallet lämnas när som helst under ett räkenskapsår, men i praktiken synes den vanligaste tidpunkten för koncernbidraget vara i nära anslutning till det "löpande" räkenskapsårets utgång. Den resultatutjämnande effekten genom koncernbidraget uppnås nämligen bäst när resultaten i koncernen och behovet av resultatutjämnande koncernbidrag kan överblickas. Ofta sker detta i samband med att årsboksluten upprättas. Enligt praxis i näringslivet redovisas koncernbidraget oftast som en affärshändelse under räkenskapsårets sista dag. Mera sällan verkställs koncernbidragsbeslutet genom en faktisk utbetalning; istället bokförs ofta koncernbidraget som en skuld respektive fordring hos respektive bolag. Beslutet om koncernbidrag fattas all som oftast av dotterbolagets styrelse på instruktion av eller medgivande från moderbolaget. Vid en efterföljande ordinarie bolagsstämma i dotterbolaget fastställs sedan balansräkningen m.m. och "fastställs" också den vinstutdelning som skett genom lämnandet av koncernbidraget.
6. Koncernbidraget från dotter- till moderbolag, eller till koncernen i övrigt via moderbolaget, är således i sin praktiska gestaltning inget

annat än en förskottsutdelning. (Om koncernbidrag "nedåt i koncernen, t.ex. från moder- till dotterbolag, se bl.a. Nerep s. 211 och SOU 1997:168 s. 84; sådana bidrag betecknas i princip icke som vederlagsfria utbetalningar.) I vad som förefaller vara ett *obiter dictum* i NJA 1995 s. 742 (s. 763), synes emellertid Högsta domstolen uttala ståndpunkten, att koncernbidraget är en företeelse som är fullt förenlig med aktiebolagslagen. Högsta domstolen konstaterar nämligen, att "förfarandet med bidragen har ansetts böra godtas trots att de anses utgivna under det löpande året och således påverkat fritt eget kapital som redovisas för samma år". Förfarandet med koncernbidrag innebär enligt Högsta domstolen "en begränsad avvikelse från kravet på att det som utdelas skall rymmas inom fritt eget kapital som redovisats i en fastställd balansräkning". Aktiebolagskommittén har därefter tagit detta Högsta domstolens synsätt till utgångspunkt för hanteringen av koncernbidrag i *Lagförslaget.* Visserligen skall enligt kommittén, såsom berörts ovan, utbetalningar i förskott även fortsättningsvis vara förbjudna (se SOU 2001:1 s. 358 f.), men såvitt gäller koncernbidrag föreslår inte kommittén några begränsningar i gällande praxis (se SOU 1997:168 s. 82). Denna kommitténs inställning reflekteras emellertid inte i Lagförslaget: Något undantag för koncernbidrag föreslås inte till det allmänna förbudet mot förskottsutdelning, såsom detta kommit till uttryck i Lagförslaget 14:4 ("värdeöverföringar under löpande räkenskapsår" får ske med ett sammanlagt belopp som uppgår till högst det fria egna kapitalet enligt den senast fastställda balansräkningen). Undantaget för – och lagligheten av – koncernbidrag enligt gällande bidragspraxis får istället anses framgå av förarbetsuttalandena, vilka så gott som helt ansluter till Högsta domstolens *obiter dictum* i NJA 1995 s. 742. Det är dock oklart om dessa uttalanden skall vara ett uttryck för gällande rätt.

7. Vad som inte i tillräcklig grad har uppmärksammats i sammanhanget är att Högsta domstolen i sitt uttalande i NJA 1995 s. 742 går längre än att allmänt diskutera det godtagbara i ett visst koncernbidragsförfarande. Ovan har anförts, att koncernbidrag i nu berörd form utgör förskottsutdelning, och därför i och för sig borde

vara olaglig, men att bidragen såsom de förekommer i praxis legaliseras genom en efterföljande formenlig eller icke formenlig vinstutdelning motsvarande minst koncernbidraget och inom ramen för vid legaliseringstidpunkten förekommande disponibla vinstmedel (inklusive en tillämpning av försiktighetsprincipen). Det har också påtalats ovan, att enligt koncernbidragspraxis bidragen lämnas i nära anslutning till räkenskapsårets utgång, varför riskerna med att ett återbärings- eller bristtäckningsansvar utlöses är begränsade.

Högsta domstolen för i det refererade målet emellertid saken ett steg längre. Koncernbidragen skall enligt Högsta domstolen utgöra en *laglig* form av förskottsutdelning: Högsta domstolen hänvisar härvid till de "särskilda omständigheter som således kan sägas motivera en för koncernbidragen begränsad *avvikelse* från ståndpunkten att vinster uppkomna under ett år inte skall kunna utdelas under samma år"(kursivering tilllagd). Såsom varande en *laglig* utdelning behöver således koncernbidraget icke *legaliseras* i ovan angiven mening. Aktiebolagskommittén tycks biträda Högsta domstolen i denna uppfattning (se SOU 1997:168 s. 81 f.). En annan sak är sedan, tillägger kommittén, att koncernbidraget skall ges inom ramen för de tvingande borgenärsskyddsbestämmelserna om bundet eget kapital och försiktighet.

Det bör härvid beaktas, att högstadomstolsuttalandet inte är förenat med villkor i vad avser tiden för lämnandet av koncernbidrag; uttalandet är således icke begränsat till koncernbidrag som lämnas i mycket nära anslutning till räkenskapsårets utgång. Redan härigenom kan uttalandet få långtgående konsekvenser; i princip varje koncernbidrag som lämnas från dotter- till moderbolag, eller via moderbolag till övriga koncernbolag, närhelst det lämnas under det löpande verksamhetsåret, skulle enligt Högsta domstolen (med biträde av Aktiebolagskommittén) utgöra en *laglig* form av förskottsutdelning. Möjligen kan den inskränkningen skönjas, att bidraget skall ligga någorlunda i linje med näringslivets koncernbidragspraxis. Det är dock oklart om förenligheten med koncernbidragspraxis har stipulerats som ett villkor för legalisering av bidra-

get – vilket förefaller mindre sannolikt – eller om denna praxis är ett rättspolitiskt grundat kausa till undantaget.

Vidare uppställs inget krav på att dotterbolaget skall vara helägt av moderbolaget. Minoritetsskyddsreglerna och främst likhetsgrundsatsen förutsätter emellertid härvid att det sker en likabehandling av samtliga aktieägare, varför ett beslut om koncernbidrag i vart fall och i praktiken måste ha samtliga aktieägares stöd (uttryckligt eller konkludent). Alternativt måste minoriteten kompenseras med en motsvarande utdelning (se härom t.ex. SOU 1997: 168 s. 82).

8. Likväl skall icke Högsta domstolens generella legalisering av koncernbidraget såsom en förskottsutdelning överdramatiseras. Oavsett om koncernbidraget förklaras vara lagligt eller förbjudet är nämligen förutsättningen för att återbärings- eller bristtäckningsansvar icke skall aktualiseras, att koncernbidraget sedermera (och i praktiken före konkursen) motsvaras av disponibla vinstmedel; såsom varande en värdeöverföring måste vid koncernbidrag borgenärsskyddsreglerna städse iakttas. Samtidigt är emellertid högstadomstolsuttalandet ägnat att avdramatisera koncernbidraget och förskottsutdelningen såsom en "olovlig", "olaglig" och "ogiltig" företeelse. Visar sig det koncernbidragsgivande (eller förskottsutdelande) bolaget sedermera ha täckning för bidraget eller utdelningen i disponibla vinstmedel, är "olagligheten", etc. undanröjd ("läkt", "botad" eller legaliserad). Därmed skall emellertid inte de ovan påtalade riskerna med ett alltför tidigt koncernbidrag helt negligeras.
9. Om nu koncernbidraget – atypiskt – lämnas efter räkenskapsårets utgång (i motsats till det normala fallet, där koncernbidraget konstituerar räkenskapsårets sista affärshändelse), men före en efterföljande ordinarie bolagsstämma, borde rimligen ett sådant koncernbidrag aktiebolagsrättsligt icke behandlas på annat sätt än det koncernbidrag som lämnas strax före räkenskapsårets utgång. Av annan mening är uppenbarligen Lindskog (s. 55 och 85, fotnot 22). Tidsintervallet mellan räkenskapsårets utgång och den ordinarie bolagsstämman betecknas av Lindskog som en "förbjuden tid". Ett

samfällt aktieägargodkännande är enligt Lindskog inte tillräckligt för att neutralisera tidsspärren (se även Lindskog, JT 1992-93 s. 94, not 92). Lindskog tror sig med en hänvisning till Nerep (s. 194, fotnot 210) ha stöd för sin ståndpunkt i detta arbete, men slutsatsen om "stöd" grundas på en villfarelse: Fastmera ställs frågan i den fotnot till vilken Lindskog hänvisar, varför Lindskog diskvalificerar regeln om fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret från gruppen av dispositiva formbestämmelser i ABL 12 kap. Under alla förhållanden skall en sådan utdelning under den förbjudna tiden enligt Lindskog kunna "läkas" eller legaliseras, och ett eventuellt återbärings- och bristtäckningsansvar kunna utsläckas, genom att aktieägarna på den ordinarie bolagsstämman beslutar om en vinstutdelning som minst motsvarar den "förbjudna" utdelningen. Lindskog uppvisar emellertid en påtaglig kluvenhet inför koncernbidrag och utdelningar under den förbjudna tiden, särskilt i följande uttalande (s. 55, fotnot 90):

"Den förbjudna tiden framstår som en följd av lagstiftarens medvetna önskemål om att tillgodose ett visst skyddsintresse. Istället torde den vara en följd av att lagstiftaren tänkt sig att vinstutdelning skulle beslutas endast på ordinarie bolagsstämma ... Eftersom årsredovisningen fastställs på denna stämma, är det naturligt att knyta an till den däri ingående balansräkningen. Om tanken hade varit att vinstutdelning skulle få ske också på extra bolagsstämma hade säkert föreskrivits att handlingar enligt 4:4, 1–3 p. skulle läggas fram ... Och om sådana föreskrifter funnits, hade någon förbjuden tid inte rått ... Sett i detta perspektiv kan sättas i fråga om inte vinstutdelning under den förbjudna tiden skulle få ske med samtliga aktieägares samtycke. Frågan har dock knappast någon betydelse, eftersom en vinstutdelning under den förbjudna tiden normalt läks på den följande ordinarie bolagsstämman".

Lindskogs resonemang i det citerade avsnittet synes närmast utmynna i slutsatsen, att principen om den förbjudna tiden endast utgör ett minoritetsskydd (jfr dock Lindskog s. 55 och nästföljande fotnot 91).

Uppfattningen, att tidsintervallet mellan räkenskapsårets utgång och den därefter följande ordinarie bolagsstämman utgör en absolut "förbjuden tid", under vilken ingen utdelning får ske och inget koncernbidrag får lämnas, synes vila på föreställningen, att hänvisningen till en fastställd balansräkning i ABL 12:2 inte uteslutande är avsedd att utgöra en beräkningsgrund för utdelningsbara medel utan också ett tvingande borgenärsskyddskrav på att balansräkningen för det senaste räkenskapsåret skall ha fastställts (se om denna föreställning bl.a. Andersson s. 186 f. och 568 ff.). Det är emellertid svårt att inse varför denna formföreskrift om en fastställd balansräkning skulle till skillnad från övriga formföreskrifter i ABL 12 kap. vara tvingande. Andra aktiebolagsrättsliga mekanismer är avsedda att tillse att ordinarie bolagsstämma faktiskt hålls och att därvid såväl resultat- som balansräkning fastställs, m.m., se t.ex. ABL 13:10. Uteslutet är inte heller att underlåtenheten att upprätta eller till PRV inge årsredovisningshandlingar kan utgöra bokföringsbrott enligt BrB 11:5. Av skäl som redovisats ovan kan enligt min mening hänvisningen till den fastställda balansräkningen i ABL 12:2 icke ses på annat sätt än som en beräkningsgrund för omfattningen av laglig vinstutdelning eller värdeöverföring. (Se även SOU 1997:168 s. 65 f., där distinktionen mellan formerna för värdeöverföringar till skydd för aktieägarna, å ena sidan, och bestämmelser om omfattningen av sådana värdeöverföringar till skydd för bolagsborgenärerna, å den andra, markeras. Jfr härtill Lagförslaget 14:3, första stycket, som går i samma riktning och avser att reglera "beräkningen" av täckningen för det bundna egna kapitalet.)

Såsom har berörts ovan, konstituerar enligt Andersson (s. 187) hänvisningen i ABL 12:2 till en fastställd balansräkning ett tvingande borgenärsskyddskrav, t.o.m. "absolut tvingande", vilken terminologi indikerar en högre tvingandegrad än eljest. (Vad som skiljer en "absolut tvingande" regel från en blott "tvingande" sådan är emellertid oklart.) I det absolut tvingande kravet ligger enligt Andersson (s. 569 f.) också förutsättningen, att den fastställda balansräkningen är *korrekt* upprättad. En logisk följd härav måste bli, att varje utdelning på grundval av en inkorrekt upprättad, men fastställd balansräkning leder till återbäringsskyldighet, *helt oberoende av* i vilken utsträckning – eller om överhu-

vudtaget – utdelningen inneburit ett intrång i det bundna egna kapitalet. Kravet på en fastställd balansräkning, och att denna skall vara korrekt upprättad, måste därför ses som två självständiga, borgenärsskyddande krav och tvingande regler oberoende av det bundna egna kapitalets tillstånd. T.o.m. om balansräkningen är inkorrekt upprättad, i så måtto att den på grund härav ger ett *mindre* vinstutdelningsutrymme än vad en korrekt upprättad balansräkning skulle ha givit, måste en utdelning på grund av balansräkningen föranleda återbäringsansvar. Samtidigt hävdar Andersson (s. 570), att inte "varje felaktighet" skall leda till återbäringsansvar, dock utan att ge något närmare besked om vilka felaktigheter som skall undantas som ansvarsgrundande rättsfakta. Föreställningen saknar emellertid stöd såväl i aktiebolagslagen som dess förarbeten; ej heller rättspraxis kan sägas stödja detta synsätt och hänvisningen av Andersson (s. 186, fotnot 126) till NJA 1976 s. 618 är svårförståelig i sammanhanget.

Det är således av största principiella vikt att såvitt gäller hänvisningen till en fastställd balansräkning skilja mellan kravet på sådan balansräkning som formföreskrift och balansräkningen som utgångspunkt för beräkningen av utdelningsbara medel. I det senare hänseendet, dvs. som beräkningsgrund, är hänvisningen till den fastställda balansräkningen tvingande. Såsom formföreskrift är den däremot endast dispositiv. Sålunda gäller, att om en utdelning skett utan att balansräkning fastställs, men med samtliga aktieägares godkännande, skall vid tvist om utdelningens laglighet avgöras vad som var utdelningsbart med den balansräkning som *borde* ha fastställts som beräkningsgrund. Detta synsätt harmonierar också bäst med Högsta domstolens inställning i NJA 1988 s. 620 till behovet av kontrollbalansräkning.

Innebörden av det sagda är, att en efterutdelning borde kunna ske under den s.k. förbjudna tiden, trots att en balansräkning för det *senaste* räkenskapsåret, dvs. det räkenskapsår som just löpt ut, ännu icke fastställts. Vad som är utdelningsbart i en sådan efterutdelning måste avgöras mot bakgrund av den senast fastställda balansräkningen – återigen som beräkningsgrund – men också med iakttagande av försiktighetsprincipen; en tillämpning av denna princip kan leda till att en utdelning inte är möjlig till följd av att det just utgångna räkenskapsåret på grund

av uppvisad förlust reducerat efterutdelningsutrymmet. Efterutdelning kan givetvis också betecknas som ett koncernbidrag.

För det fall utdelningsbara medel saknas vid en sådan efterutdelning, kan utdelning istället karaktäriseras som en förskottsutdelning, vilken för laglighet förutsätter att det nyss utgångna räkenskapsåret varit vinstgivande. Riktigare är emellertid att beteckna en sådan vinstutdelning, innefattande utdelningsbara medel enligt en provisorisk, rudimentär eller t.o.m. fiktiv balansräkning, avseende det utgångna räkenskapsåret, som en icke formenlig vinstutdelning, låt vara att den utdelningen av de beslutsansvariga betraktas ha skett "förskottsvis", intill dess att en slutlig och eventuellt fastställd balansräkning föreligger. Vid enighet aktieägarna emellan är kriterierna för utdelningens laglighet, att det finns täckning för bolagets bundna egna kapital och att försiktighetsprincipen beaktats. Utdelningen under det ifrågavarande tidsintervallet är således icke att i egentlig mening beteckna som en förskottsutdelning utan endast som en icke formenlig vinstutdelning. Härmed skulle endast utdelningar under *löpande* räkenskapsår som går utöver utdelningsbara medel och som tar sikte på räkenskapsårets eventuella vinst betecknas som förskottsutdelning.

Aktiebolagskommittén (se SOU 1997:168 s. 69 f.) företrädde inledningsvis en annan ståndpunkt. Kommittén föreslog 1997 att utrymmet för efterutdelning skulle begränsas. Beslut om efterutdelning skulle inte få fattas efter utgången av räkenskapsåret närmast efter det år för vilket balansräkningen har fastställts. Om således ett aktiebolags räkenskapsår motsvarade kalenderåret, skulle ett beslut om efterutdelning endast kunna fattas intill utgången av december månad. I kommitténs först upprättade lagförslag formulerades bestämmelsen sålunda (16:2, se författningskommentaren SOU 1997:168 s. 94): "Beslut om vinstutdelning fattas å ordinarie bolagsstämma eller av extra bolagsstämma som hålls efter ordinarie stämma men under samma räkenskapsår som denna." Förslaget synes vara ett uttryck för tanken, att efter utgången av det löpande räkenskapsåret föreligger en absolut förbjuden tid fram till nästföljande ordinarie bolagsstämma. Det förefaller ha tillkommit i borgenärsskyddande syfte (se SOU 1997:168 s. 69).

I motsvarande bestämmelse i *Lagförslaget* 15:2 har emellertid denna utdelningsbegränsning fallit bort: "Beslut om vinstutdelning fattas å ordinarie bolagsstämma eller av extra bolagsstämma." Lagförslaget innehåller härtill en bestämmelse som saknar motsvarighet i 1997 års delbetänkande. Lagförslaget 14:4 tycks förutsätta, att en s.k. förbjuden tid icke existerar. Värdeöverföringar föreslås vara tillåtna under alla delar av räkenskapsåret, även under den s.k. förbjudna tiden, förutsatt att täckning finns för bolagets bundna egna kapital (se om denna bestämmelse särskilt ovan i avsnitt 5). I författningskommentaren till Lagförslaget 14:4 (se SOU 2001:1 s. 359) uttalas härvid, att en extra bolagsstämma kan fatta beslut om värdeöverföring "under förutsättning att stämman hålls senast dagen före nästa ordinarie bolagsstämma". Någon ytterligare kommentar till ändringen i Lagförslaget 15:2 (till vad som i 1997 års delbetänkande utgjordes av 16:2) lämnas inte. Genom de föreslagna bestämmelserna synes Aktiebolagskommitténs syn på den s.k. förbjudna tiden sammanfalla med den av mig ovan förespråkade.

7. Nedsättning av reserv- och överkursfond jämfört med nedsättning av aktiekapital

Om nedsättning av reserv- och överkursfond finns föreskrifter i ABL 12:4, 3 st. Bestämmelser om nedsättning av aktiekapital återfinns i ABL 6 kap. och såvitt gäller det kapitalskyddande inslaget främst i ABL 6:1 och 6:6. Nedsättningsbestämmelserna är till övervägande del tvingande och tillvaratar företrädesvis borgenärsskyddsintresset. En jämförelse av bestämmelserna om fondnedsättning med vad som stadgas om nedsättning av aktiekapital visar emellertid att bestämmelserna inte är helt kongruenta. Detta förhållande har uppmärksammats tidigare (se bl.a. Lindskog, Aktiebolagslagen. 6:e och 7:e kap. Aktiekapitalnedsättning och egna aktier s. 28 ff. och SOU 1997:22 s. 235 ff.). Vad som föreslås i *Lagförslaget* ger dock vid handen, att de rättssystematiska bristerna reducerats, om än ej helt eliminerats. I det följande skall diskuteras några likheter, olikheter och inkongruenser i nedsättningssystemet.

1. Först kan konstateras, att nedsättning av såväl aktiekapital som – här aktuell – bunden fond förutsätter ett *bolagsstämmobeslut*. Såväl ordinarie som extra bolagsstämma är beslutskompetent. För nedsättning av fond är det tillräckligt med enkel majoritet av rösterna på bolagsstämman. En nedsättning av aktiekapital erfordrar kvalificerad majoritet (minst 2/3 av såväl de avgivna rösterna som de vid bolagsstämman företrädda aktierna). Härutöver stadgas i ABL 6:2a, 2 st., särskilda pluralitetsregler i de fall "rättsförhållandet mellan redan utgivna aktier rubbas" på grund av nedsättning (se härom SOU 1971:15 s. 197). *Lagförslaget* innebär ingen ändring i denna del.
2. En nedsättning av aktiekapitalet för vissa ändamål, nämligen för återbetalning till aktieägarna, avsättning till reservfond eller till fri fond, skall enligt ABL 6:2, 2 st., föregås av ett förslag eller godkännande av styrelsen. Ett sådant krav finns *inte* för fondnedsättning. I *Lagförslaget* har kravet på styrelsens godkännande vid nedsättning av såväl kapital som fond utelämnats; det är vidare förutsatt att förslaget om aktiekapitalnedsättning kan ställas av annan än styrelsen (se Lagförslaget 17:5).
3. En aktiekapitalnedsättning skall enligt ABL 6:2, 3 st., förberedas med en tillämpning av ABL 4:4 "i tillämpliga delar", kallelseinnehåll, etc. För en fondnedsättning saknas motsvarande bestämmelser för förberedelsen av bolagsstämmobeslutet. I *Lagförslaget* har kraven på förberedelseåtgärder utökats (se Lagförslaget 17:5–12), dock att en fondnedsättning inte underkastas dessa förberedelseregler (se Lagförslaget 17:27–28).
4. Ett beslut om nedsättning av aktiekapitalet skall anmälas för *registrering* (se ABL 6:4) inom fyra månader, vid äventyr eljest att beslutet förfaller. Ett eventuellt nödvändigt beslut om bolagsordningsändring skall också anmälas för registrering inom samma tidsfrist. För en fondnedsättning ställs *inget* krav på registrering. I *Lagförslaget* föreslås ingen ändring (se Lagförslaget 17:14). I Lagförslaget (17:13) har dessutom såvitt gäller nedsättning av aktiekapital tillagts ett krav på kungörande av beslutet och underrättelse utan motsvarighet i gällande rätt.

5. Av ABL 6:3 följer bl.a. att ett beslut om nedsättning av aktiekapital måste vara beloppsbestämt. Stadgandets lydelse exkluderar inte helt ett förfarande med beloppsramar (högsta och lägsta nivå, dvs. intervaller, jfr Lindskog *op. cit.* s. 49). Beslutet skall dessutom ange nedsättningsändamål och det sätt på vilket nedsättning skall genomföras, dvs. nedsättningsmetod. I ABL 12:4, 3 st., finns inget uttryckligt villkor om ett bestämt nedsättningsbelopp, men ett sådant torde i princip följa av bestämmelsens utformning och vad som stipulerats om bolagsstämmobeslut. Det kan emellertid inte hållas för uteslutet, att bolagsstämman i sitt beslut om en fondnedsättning endast anger vissa beloppsramar, inom vilka styrelsen vid verkställighet beroende på efterföljande förhållanden har att effektuera beslutet. Visserligen kan en allmän delegation icke ske av beslutskompetensen avseende fondnedsättning, men verkställighet av ett bolagsstämmobeslut i ett enskilt fall från styrelsens sida torde vara förenlig med aktiebolagslagens kompetensfördelningssystem, förutsatt att delegationen är tidsbegränsad, t.ex. fram till nästa ordinarie bolagsstämma. I *Lagförslaget* (17:5) ges vid nedsättning av aktiekapitalet uttryckligen en större flexibilitet: Utöver ett fast nedsättningsbelopp kan beslutet ange ett högsta eller ett lägsta och ett högsta belopp för nedsättningen. För fondnedsättning saknas i *Lagförslaget* motsvarande bestämmelse om den valfrihet som får avses gälla för närvarande.
6. Såvitt gäller *ändamålet* finns i nedsättningsbestämmelserna vissa olikheter, dock ej nödvändigtvis irrationaliteter. För det första kan en nedsättning av såväl aktiekapital som fond ha till ändamål att täcka en förlust enligt fastställd balansräkning som ej kan täckas av fritt eget kapital. För det andra kan nedsättningen i båda fallen avse återbetalning till aktieägarna, avsättning till fri fond eller motsvarande. Detta framgår indirekt av ABL 12:4, 3 st., 3 p. och direkt av ABL 6:1, 1 st., 2 och 3 p. En nedsättning av aktiekapitalet kan slutligen syfta till en avsättning till reservfond, allt medan en fondnedsättning kan ske i syfte att öka aktiekapitalet genom ny- eller fondemission. Det följer av sig självt att en nedsättning av aktiekapitalet inte kan ha det sistnämnda ändamålet. Nedsättningsändamålen (lik-

som metoderna) kan kombineras. Annat ändamål (eller metod) än det lagstadgade kan inte – lagligen – förekomma i praktiken (möjligen inte ens i teorin). Däremot kan en nedsättning förenas med en vinstutdelning. I *Lagförslaget* återfinns i princip samma ändamål, dock med vissa väsentliga justeringar som redovisas närmare i det följande.

7. En ytterligare skillnad mellan de ifrågavarande nedsättningsformerna, som betingas av nödvändigheten, är att vid nedsättning av aktiekapital föreskrivs i ABL 6:1, 3 st., tre alternativa metoder för hanteringen av aktierna på grund av nedsättningen (inlösen eller sammanläggning, indragning av aktier utan återbetalning, eller minskning av aktiernas nominella belopp med eller utan återbetalning). Härutöver kan nedsättningen förutsätta en bolagsordningsändring. En fondnedsättning är såtillvida mindre administrativt betungande. Visserligen kan en fondnedsättning i syfte att öka aktiekapitalet förutsätta en bolagsordningsändring, men i övrigt är nedsättningen en fråga om redovisning. Om fondnedsättningen däremot syftar till återbetalning direkt till aktieägarna (eller indirekt via fria fonder) gäller som för nedsättning av aktiekapitalet ett krav på *rättens tillstånd*, m.m. enligt ABL 6:6. I *Lagförslaget* föreslås, som nämnts ovan, att det nuvarande systemet med nominellt belopp på aktierna upphävs till förmån för ett föreslaget kvotvärdesystem. Med införandet av ett s.k. kvotvärde bortfaller av nödvändighet möjligheten att nedsätta aktiekapitalet genom att nedsätta aktiernas nominella belopp. Den nedsättningsmetod som innebär en sammanläggning av aktier synes också förlora i betydelse med införandet av kvotvärdesystemet. Vad som således kvarstår i form av nedsättningsmetoder med kvotvärdesystemet är indragningen av aktier. En indragning kan sedan ha skilda ändamål, enligt vad som berörts ovan. Så t.ex. kan indragning ske för återbetalning till aktieägarna, avsättning till fri fond, etc. Motsvarigheten till indragning för återbetalning till aktieägarna betecknas enligt gällande rätt ABL 6:2, 3 st., 1 p. såsom en "inlösen" av aktier. När i *Lagförslaget* 17:5, 1 st., 3 p. föreskrivs att ett förslag till beslut om nedsättning av aktiekapitalet skall innehålla "minskningsmetoden" (dvs. nedsätt-

ningsmetoden), synes valet vara mellan ett genomförande med eller utan indragning. Om indragning icke skall ske av aktier, skall således detta anges. I motsatt fall skall förslaget innehålla uppgift om vilka aktier som skall dras in. Såsom redan har konstaterats (ävensom av Lindskog *op. cit.* s. 23), kan nedsättningsmetoden sammanläggning av aktier *i sig* inte medföra en nedsättning av aktiekapital. Sammanläggningen måste för att resultera i en nedsättning kombineras med en inlösen, varvid inlösenbeloppet i princip skall svara mot nedsättningsbeloppet. Det är således logiskt att alternativet sammanläggning av aktier har utmönstrats i *Lagförslaget*.

Om sammanläggning fanns särskilda föreskrifter i 1944 års aktiebolagslag 222 §. Sammanläggningen kunde ske sålunda att två eller flera aktier sammanlades till en enda aktie med ursprungligt eller ändrat nominellt belopp. Något större praktiskt behov av sammanläggningsinstitutet synes inte föreligga med hänsyn till att enligt gällande rätt inlösen eller indragning kan ske av aktier i kombination med en nedsättning av akties nominella belopp. De olika nedsättningsmetoderna kan på så sätt kompensera varandra. För det fall en inlösen eller indragning av något skäl skulle behöva förenas med en ökning av aktiens nominella värde, kan bolagsstämman i samband med nedsättningsbeslutet fatta beslut om bolagsordningsändring i detta avseende. På så sätt skulle de ifrågavarande besluten kunna leda till en sammantagen ökning av aktiekapitalet genom en fondemission, ett bibehållet aktiekapital i jämförelse med situationen före besluten, eller ett sammantaget nedsatt aktiekapital, beroende på nedsättningsbeloppet, nedsättningens ändamål, det belopp med vilket aktiernas nominella värde ökat, etc. Vid ett införande av kvotvärdesystemet enligt *Lagförslaget* förefaller sammanläggningsinstitutet bli överflödigt även i teorin mot bakgrund av att samma effekt kan åstadkommas genom indragning av aktie med eller utan återbetalning.

8. Metoderna för nedsättning av aktiekapitalet i gällande rätt och i *Lagförslaget* möjliggör *riktade* nedsättningar, dvs. spegelbilden av riktade nyemissioner. En fondnedsättning kan, om aktieägarna är

överens härom och således likhetsgrundsatsen inte trätts för nära, vid återbetalning till aktieägarna också komma att riktas på samma sätt som sedvanliga utdelningar. En riktad nedsättning av aktiekapitalet behöver självfallet inte vara förenad med en återbetalning.

9. Såvitt slutligen gäller *kapitalskyddet* är följande att anföra. En generell utgångspunkt borde vara, att när ändamålet med en nedsättning av aktiekapital eller fond är att återbetalning skall ske till aktieägare (eller möjligen annan) i strid med utbetalningsförbudet, riskerar borgenärerna att skadas. Vad som gäller om återbetalning bör i princip också gälla avsättning till fri fond eller för aktieägarnas disposition (för utdelning). Visserligen kringgärdas dispositionen av en fri fond eller utdelningsbara medel av begränsningarna i ABL 12:2 och följande bestämmelser, inklusive försiktighetsprincipen. Oavsett om fråga är om nedsättning av aktiekapital eller fond medför det frigörande av bundet kapital som är ifråga emellertid ett intrång i borgenärsskyddet. Möjligen kan tilläggas, att den skillnaden i borgenärsskada (eller risken härför) föreligger, att i det förstnämnda fallet aktieägarna har en fordring på återbetalning efter registrering och rättens meddelande av tillstånd, alltmedan en sådan fordring i de sistnämnda fallen uppkommer först i och med att bolagsstämman beslutat om att disponera över de aktuella medlen på visst sätt. Det saknas emellertid anledning att på *denna* grund göra skillnad mellan nedsättningsändamålen i borgenärsskyddshänseende. *Lagförslaget* synes ej heller innehålla en distinktion i detta hänseende (se härom främst 17:16 i Lagförslaget).

En naturlig hållpunkt bör samtidigt vara, att om en nedsättning av aktiekapitalet eller en fond inte innebär eller skall medföra en återbetalning eller avsättning för aktieägarnas fria disposition (inom ramen för vinstutdelningsbestämmelserna i ABL 12 kap.), borgenärerna i princip inte kan förväntas lida skada av nedsättningsbeslutet, varför ej heller något rättens tillstånd borde vara behövligt. Detsamma bör gälla i de fallen där nedsättningsbeslutet på samma bolagsstämma förenas med ett beslut om att öka aktiekapitalet med minst nedsättningsbeloppet genom ny- eller fondemission, så att det bundna kapitalet efter nedsättningens genomförande

är minst detsamma som före nedsättningsbeslutet. En fondnedsättning som villkoras av en aktiekapitalökning i minst samma omfattning borde sålunda inte vara kontroversiell från borgenärsskyddssynpunkt. Däremot får givetvis förutsättas, att om en nedsättning av aktiekapitalet skall förenas med en ökning av samma kapital genom en fondemission, denna icke kan innefatta ett frigörande av bundna fonder, utan endast ett utnyttjande av fria medel (fonder). En fondnedsättning kan dock kompenseras genom en aktiekapitalökning genom en ny- eller fondemission (jfr ABL 12:4, 3 st., 2 p.).

Rättens tillstånd för fondnedsättningen (enligt bestämmelserna i ABL 6:6) erfordras endast *för den delen* av nedsättningen som inte kompenseras av tillskottsemission. Härvidlag utgör ABL 6:6, 1 st., en systembrist. Vid nedsättning av aktiekapital i syfte att återbetala till aktieägarna eller avsätta till fri fond (även reservfond, varom mera nedan) förutsätts rättens tillstånd, såvida icke samtidigt bolaget genom *nyemission*" tillföres ett belopp som minst motsvarar nedsättningsbeloppet". Givetvis bör alla åtgärder som medför att bolagets bundna egna kapital eller dess aktiekapital är intakt godtas som täcknings- eller kompensationsmetod, inte bara aktiekapitalökning genom nyemission av aktier. Såsom alternativ till nyemission kan nämnas fondemission avseende överföring av fria medel till aktiekapital eller bunden fond, eller aktieägartillskott i vid mening (innefattande eftergifter av fordringar, etc.) med samma slutresultat. (Se härom SOU 1997:22 s. 239 och prop. 1994/95:70 om ändringar i nyssnämnda hänseende i bank-, aktiebolags- och försäkringsrörelselagarna i samma riktning). Inkonsekvensen i gällande rätt har tidigare uppmärksammats i doktrinen (se Lindskog *op. cit.* s. 24 ff.).

Lagförslaget (17:16, 1 st.) förefaller innebära en korrigering av systemfelet, när det däri föreslås, att tillstånd (enligt förslaget av PRV eller, i tvistiga fall, av rätten) inte erfordras om bolaget samtidigt vidtar åtgärder som medför att varken bolagets bundna egna kapital eller dess aktiekapital minskar till följd av nedsättningsbeslutet. Det sagda innebär att såväl det bundna kapitalet *i sin helhet* som aktiekapitalet skall vara intakt till följd av beslutet. Genom en

ny- eller fondemission, eller ett tillskott (eftergift), kan således en aktiekapitalminskning balanseras i kapitalskyddshänseende. Fondemissionen förutsätter ett ianspråktagande av fria medel för täckning av nedsättningen. Tillskottet eller eftergiften ger samma effekt. Nyemissionen enligt nuvarande nominalvärdesystem ger genom aktiekapitalökningen eller ökning av överkursfond samma resultat. Med det i *Lagförslaget* föreslagna kvotvärdesystemet måste en kompensation av nedsättningen förutsätta, att emissionsbeslutet innebär att motsvarande medel som tillskjuts bolaget genom nyemissionen tillförs aktiekapitalet eller bundet eget kapital enligt beslut härom. På samma sätt som fondemissioner kan enligt Lagförslaget konvertering eller teckning (på grund av option härpå) genomföras för undvikande av rättens tillstånd, om åtgärderna varken enskilt eller i kombination medför att bolagets bundna kapital eller aktiekapital minskar efter nedsättningen. Genom *Lagförslaget* elimineras också en annan oklarhet i gällande rätt: I ABL 6:6, 1 st., stadgas endast att nedsättningsbeloppet skall täckas genom att bolaget genom nyemission "tillföres ett belopp som minst motsvarar nedsättningsbeloppet". Såsom påtalats av Lindskog (*op. cit.* s. 27), kan ett sådant tillförande ske genom en mycket liten aktiekapitalökning men eljest till en hög överkurs. I stadgandet föreskrivs inte uttryckligen att *aktiekapitalet* skall öka med hela tillskottet genom nyemission. Enligt ABL 4:13a skall å andra sidan överkursbeloppet avsättas till överkursfonden, dvs. en bunden fond.

10. Ett ytterligare systemfel i gällande rätt är att en nedsättning av aktiekapitalet för *avsättning till reservfond* jämställs med avsättning till fri fond eller återbetalning till aktieägarna. Behandlingen av detta nedsättningsändamål, dvs. avsättning till reservfonden, innebär bl.a. att en avsättning till reservfond får beslutas endast efter förslag eller godkännande av styrelsen (ABL 6:2, 2 st.,) och att nedsättningen inte får genomföras utan rättens tillstånd enligt ABL 6:6. Reservfonden kan enligt ABL 12:4, 3 st., p. 2, *utan rättens tillstånd* nedsättas för en ökning av aktiekapitalet (genom nyeller fondemission), men i det omvända fallet, där nedsättning av aktiekapitalet sker för avsättning till reservfond, erfordras enligt

ABL 6:6 rättens tillstånd. I detta kan skönjas en oregelbundenhet. Visserligen kan sägas (jfr Lindskog, *op. cit.* s. 27), att en överföring från aktiekapitalet till reservfonden genom nedsättning av aktiekapitalet är ägnad att minska avsättningskravet enligt ABL 12:4, 1 st. Ett sådant kringgående skulle emellertid kunna åtgärdas genom ett tillägg i sistnämnda stadgande om sparkravet och dess uppfyllande. I *Lagförslaget* föreslås att skyldigheten att avsätta medel av årets nettovinst till reservfonden avskaffas (se SOU 1997:168 s. 74 f.).

11. En nedsättning av aktiekapital innebär att passivposten "aktiekapital" skall reduceras med nedsättningsbeloppet, varvid förutsätts att nedsättningen inte kan ske under den lagstadgade miniminivån. För en fondnedsättning gäller detsamma beträffande reduktion. Efter nedsättningen, dvs. sedan nedsättningen genomförts, måste i kapitalskyddshänseende bolagets bundna kapital vara täckt (se ABL 6:1, 2 st.). Om ett aktiebolag före nedsättningen uppvisar ett negativt eget kapital, dvs. det fallet att det egna kapitalet inte fullt täcker bolagets bundna kapital, kan en nedsättning av aktiekapital således inte innebära en återbetalning av *hela* nedsättningsbeloppet till aktieägarna: Kapitalbristen före aktiekapitalnedsättningen kvarstår efter nedsättningen. För det fall emellertid ett belopp motsvarande kapitalbristen avsätts till en fri fond eller dylikt för aktieägarnas disposition, och resterande del av nedsättningsbeloppet återbetalas till aktieägarna, är villkoret om täckning av det bundna kapitalet uppfyllt. Aktieägarnas disposition över de sålunda frigjorda medlen i form av vinstutdelning måste emellertid följa vinstutdelningsbegränsningarna i ABL 12 kap.

Det avgörande förbehållet för kapitalskyddet vid nedsättning av aktiekapital om full täckning för det bundna kapitalet efter nedsättningen gäller av naturliga skäl inte om *nedsättningsändamålet är att täcka en förlust.* Förutsättningen härvid är att det egna kapitalet före nedsättningen redan är negativt (på grund av förlusten), varför det inte kan krävas att aktiekapitalnedsättningen korresponderar med hela kapitalbristen. Ett undvikande av tvångslikvidation enligt ABL 13:16 skulle med motsatt utgångspunkt försvåras, för att inte säga omöjliggöras. Den kapitalbrist som skall åtgärdas enligt sist-

nämnda stadgande (det egna kapitalet skall motsvara hela det registrerade aktiekapitalet) får vanligen åstadkommas genom en kombination av åtgärder (se nedan avsnitt IX. 8), varav aktiekapitaltnedsättning endast utgör en möjlighet. Av ABL 12:4, 3 st., följer emellertid vidare, att ej heller en fondnedsättning förutsätter en täckning av bolagets bundna kapital efter nedsättningen. Denna problematik aktualiseras dock inte vid ökning av aktiekapitalet, och skall ej heller aktualiseras när fondnedsättningen syftar till täckande av förlust. Om fondnedsättningen har ett annat ändamål, t.ex. frigörande av bunden fond för fri fond eller för återbetalning till aktieägarna, etc., förutsätts visserligen rättens tillstånd i enlighet med samma bestämmelse som vid nedsättning av aktiekapital för samma ändamål, men inte att bolagets bundna kapital skall vara täckt efter nedsättningen. Innebörden härav är bl.a., att om bolaget före fondnedsättningen uppvisar ett negativt eget kapital, och hela nedsättningsbeloppet med rättens tillstånd används för återbetalning till aktieägarna, eller avsättning till fri fond, det i lagen inte ställs krav på att bolagets bundna egna efter nedsättningen skall vara täckt. I *Lagförslaget* har denna inkonsekvens åtgärdats i 14:1 jämfört med 14:3. En fondnedsättning syftande till återbetalning till aktieägarna definieras som *värdeöverföring*. Samtliga värdeöverföringar skall enligt 14:3, 1 st., uppfylla villkoret om att det skall finnas full täckning för det bundna egna kapitalet efter överföringen. Om fondnedsättningen sker för att nedsättningsbeloppet skall överföras till fritt eget kapital eller fri fond, etc., träffas på samma sätt en framtida disposition över de på så sätt frigjorda medlen av samma regelsystem: Fråga är om en värdeöverföring i form av en vinstutdelning, som icke får ske, om det inte finns full täckning för det bundna egna kapitalet efter vinstutdelningen.

Förbehållet om full täckning för det bundna kapitalet efter nedsättningen av aktiekapital utom vid förlusttäckning (varom mera nedan) följer de principer som utvecklats i rättspraxis, häribland NJA 1995 s. 742 (se SOU 1997:22 s. 381). Detta innebär bl.a. att om återbetalning till aktieägarna sker i form av sakvärden, skall till-

gångarnas bokförda värden läggas till grund för kapitaltäckningsprövningen (se avsnitt 4 ovan).

12. Nedsättning till *överkurs* har diskuterats i förarbeten och doktrin (se bl.a. SOU 1997:22 s. 240 och Lindskog, *op. cit.* s. 25, främst fotnot 24).

    Först kan konstateras, att en *fond*nedsättning till överkurs tekniskt sett är utesluten. Fondnedsättning kan visserligen ske för återbetalning till aktieägarna, avsättning till fritt eget kapital, etc. men inte till överkurs. Frågan är sedan hur en nedsättning av aktiekapital till överkurs skall åstadkommas. I förarbetena till gällande ABL (se SOU 1971:15 s. 198 och prop. 1975:103 s. 361) är underförstått, att *återbetalningsbeloppet kan överstiga nedsättningsbeloppet* i samband med nedsättning av aktiekapital. Ett sådant resultat förutsätter sålunda att bolagsstämman fattar beslut om inlösen av aktier (indragning med återbetalning) till ett högre belopp än nedsättningsbeloppet. För att detta skall vara möjligt i kapitalskyddshänseende, dvs. för att det bundna egna kapitalet skall vara täckt efter nedsättningen, måste diskrepansen avse fria medel. Om nedsättningsändamålet uteslutande är förlusttäckning, kan en sådan överkurs inte genereras: Förlusttäckningen måste först ske med fria medel.

    Enligt min mening medger inte ordalydelsen i ABL 6:1 att beslutet om nedsättning av aktiekapital i sig rymmer en s.k. överkurs. Detta beslut avser ett visst nedsättningsbelopp motsvarande aktiekapitalnedsättningen utan möjlighet till överkurs. För det fall följaktligen en överkurs skall åstadkommas, förutsätter denna ett särskilt beslut härom i samband med nedsättningsbeslutet (i direkt anslutning härtill). Ett sådant förfarande synes vara implicerat i ABL 6:3, andra meningen, som stadgar skyldighet att i nedsättningsbeslutet ange, att "i samband med nedsättningen" medel skall utskiftas med högre belopp än nedsättningsbeloppet, varvid även det högre beloppet skall framgå. Sistnämnda bestämmelse skall läsas kontextuellt och framför allt i ljuset av ABL 6:1. Det är därför inte endast en semantisk fråga om nedsättningsbeslutets innehåll. Vad saken rör är ett särskilt beslut om nedsättning av aktiekapital

och ett härifrån skilt beslut om utskiftning av medel utöver nedsättningsbeloppet. Om sedan dessa två beslut formuleras i ett sammanhang med rubriken "nedsättningsbeslut", eller som två skilda beslut, är av mindre betydelse.

Den praktiska signifikansen av det nu anförda kan sedan vara ringa. Är nedsättningsändamålet återbetalning till aktieägarna, erfordras rätttens tillstånd enligt ABL 6:6. Dessutom skall det bundna kapitalet vara täckt efter nedsättningen. En vidhängande utskiftning utöver nedsättningsbeloppet kan lagligen icke ske med intrång i det bundna kapitalet. Vad som kvarstår är frågan om utskiftning vid inlösen till överkurs skall underkastas vinstutdelningsbegränsningarna i ABL 12 kap. eller endast ses som en nedsättning av aktiekapital enligt ABL 6 kap. I borgenärsskyddshänseende utgörs skillnaden av tillämpning av försiktighetsprincipen i ABL 12:2, 2 st. (se härom nedan avsnitt 8). Enligt min mening bör redan enligt gällande rätt försiktighetsprincipen vara tilllämplig på inlösen till överkurs. Att sedan försiktighetsprincipen inte faktiskt sett mer än i undantagsfall påverkar utskiftnings- eller utdelningsbeloppet är en annan sak. I *Lagförslaget* har den oklarhet som föreligger härutinnan eliminerats genom att samtliga värdeöverföringar, inklusive inlösen av aktier till överkurs, underkastats samma borgenärsskyddsprinciper (14:1–3). Begreppet "värdeöverföring" enligt *Lagförslaget* innefattar nedsättning aktiekapitalet (eller reservfonden) för återbetalning till aktieägarna, vilket i och för sig icke strikt tolkat inkluderar en inlösen till överkurs. En sådan får i stället anses vara omfattad av värdeöverföringar i form av vinstutdelningar.

13. En fond- eller aktiekapitalnedsättning i syfte att *täcka förlust* enligt ABL 6:1, 1 st., 1 p., eller 12:4, 3 st., 1 p., är omdiskuterad. Gällande rätt förutsätter att förlusttäckningen sker "enligt fastställd balansräkning", sedan förlusten först täckts av fritt eget kapital. I *Lagförslaget* (17:1, 1 p. och 17:27, 1 p.) har kravet på "fastställd balansräkning" slopats. I övrigt har förlusttäckningsändamålet bibehållits.

Det ifrågavarande nedsättningsändamålet infördes uttryckligen i och med tillkomsten av gällande ABL. I förarbetena (SOU 1971:15 s. 198 och prop. 1975:103 s. 359) uttalades, att någon saklig ändring i förhållande till 1944 års lag ej var avsedd. Sakligt sett saknade det betydelse om – som var möjligt enligt 1944 års lag – förlusttäckning verkställdes i två etapper, först avsättning till reservfond och sedan nedskrivning av denna för förlusttäckning, eller om nedsättning av aktiekapital ägde rum för *omedelbar* förlusttäckning. Skillnaden synes ha betraktats som uteslutande redovisningsteknisk. I samband med 1995 års revision (SFS 1994:802) gjordes emellertid bl.a. den ändringen – såvitt är av intresse i förevarande sammanhang – att nedsättningens ändamål "avsättning till reservfond" flyttades från ABL 6:1, 1 st., p. 1 till p. 3 och *jämställdes med avsättning till fria medel.* Grunden härför har varit kontroversiell och knappast övertygande (se bl.a. kritik av Lindskog *op. cit.* s. 24). I *Lagförslaget* har förhållandena delvis återställts, delvis förlorat i betydelse (se härom SOU 1997:22 s. 379 och 381 jämfört med Lagförslaget 17:1). *Lagförslaget* innebär också ett avskaffande av den i ABL 6:5 stadgade *treåriga karenstiden* för vinstutdelning på grund av nedsättning av aktiekapitalet för förlusttäckning. En sådan vinstutdelning får enligt gällande rätt endast ske om rätten ger tillstånd härtill eller om aktiekapitalet ökats med minst nedsättningsbeloppet. Rättens tillstånd skall sökas enligt samma bestämmelser som eljest, dvs. enligt ABL 6:6. Såvitt avser fondnedsättning för förlusttäckning föreskrivs däremot inte enligt gällande rätt någon karenstid för vinstutdelning (se ABL 12:4, 3 st.). Såtillvida föreligger en uppenbar inkonsekvens. Med *Lagförslaget* elimineras denna, och varje vinstutdelning efter förlusttäckning eller eljest får i stället ske i enlighet med vinstutdelningsbegränsningarna i ABL 12 kap. (jfr *Lagförslaget* 14 kap.).

Med en "förlust" menas i första hand en konstaterad förlust enligt fastställd balansräkning. Ett fastställande av en balansräkning sker enligt beslut på bolagsstämma. I regel fattas sådana beslut vid ordinarie bolagsstämma. I undantagsfall kan fastställande ske vid extra bolagsstämma, om av någon anledning beslut härom ej

kan tas på den ordinarie stämman. Visserligen föreskrivs i ABL 9:7, 2 st., 1 p. att den ordinarie bolagsstämman *skall* fatta beslut om fastställande av bl.a. balansräkningen. Om av ett aktiebolags bolagsordning inte framgår att bolaget kan hålla flera ordinarie bolagsstämmor under ett och samma räkenskapsår, och bolagsstämman av någon anledning inte förmår att fastställa balansräkningen vid ordinarie stämman, kvarstår inte annat än att kalla till extra bolagsstämma för att fastställa densamma. Den skyldighet som föreskrivs i årsredovisningslagen 8:3 beträffande aktiebolag att till PRV inge kopia av årsredovisningen, etc. och bevis om att bl.a. balansräkningen fastställts sanktioneras ytterst av ABL 13:10, 1 st., 2 p. Det synes dock svårt att inse varför ett beslut om extra bolagsstämma att fastställa balansräkningen i protokollform skulle avvisas av PRV.

Det sagda bygger på förutsättningen att fastställandet av balansräkningen avser det senaste räkenskapsåret. Till skillnad från vad som stadgas i ABL 12:2, 1 st. saknas i ABL 6:1, 1 st. om förlusttäckning ett uttryckligt krav på att den fastställda balansräkningen skall avse det senaste räkenskapsåret. Den fråga som därmed uppkommer är om enligt gällande rätt en balansräkning inom ramen för ett *periodbokslut* efter fastställande av bolagsstämman (företrädesvis en extra bolagsstämma) kan läggas till grund för *förlusttäckning* enligt ABL 6:1. Lindskog (*op. cit.* s. 24 fotnot 14) utesluter en sådan möjlighet, trots den ovan påtalade skillnaden i ordalydelsen mellan ABL 6:1 och 12:2. Förarbetena till ABL ger ingen vägledning i frågan. I *Lagförslaget* har däremot möjligheten öppnats för täckning av *förlust under löpande räkenskapsår.* Aktiebolagskommittén synes härvid utgå ifrån, att en sådan förlusttäckning inte är möjlig enligt gällande rätt. Nyordningen åstadkoms i *Lagförslaget* genom att lokutionen "enligt fastställd balansräkning" avlägsnas. I de olika betänkanden som legat till grund för *Lagförslaget* saknas dock en diskussion om betydelsen av betydelsen av begreppet "fastställd balansräkning" i förevarande sammanhang och jämfört med ABL 12:2. Fastmera konstateras (SOU 1997:22 s. 236 f.), att EG:s andra bolagsdirektiv (kapitaldirektivet) i här relevanta delar

(artiklarna 32 och 33) inte utesluter, att nedsättning för täckning av förlust som uppstått under det löpande räkenskapsåret kan ske.

Det kan mot den här utvecklade tesen samtidigt anföras, att det får anses vara allmänt vedertaget att begreppet "fastställd balansräkning" hänför sig till det senaste räkenskapsåret. Måhända kan det förefalla väl konstruerat att med utgångspunkt i ett kvartalsbokslut fastställa en balansräkning och lägga denna till grund för en förlusttäckning. Å andra sidan synes vad som stadgas i ABL 13:15–16 om kapitaltäckning förutsätta, att nedsättning av aktiekapital för täckning av förlust som uppkommit under det löpande räkenskapsåret kan ske. Om enligt gällande rätt förlust "enligt fastställd balansräkning" endast kan avse konstaterad förlust enligt balansräkningen för det senaste räkenskapsåret, gäller denna begränsning såväl aktiekapital- som fondnedsättning. Ordalydelsen i ABL 6:1, 1 st., 1 p. och ABL 12:4, 3 st., 1 p. är härvidlag identisk. En kapitaltäckning enligt ABL 13:15–16 skulle därför endast delvis underlättas av att den kunde ske för avsättning till reservfonden utan rättens tillstånd (i enlighet med den ursprungliga lydelsen av ABL 6:1 jämfört med den ändrade lydelse i SFS 1994:802). Förluster under det löpande verksamhetsåret skulle ändå inte kunna täckas genom nedsättning av aktiekapital eller fond förrän efter utgången av räkenskapsåret ifråga. Om således ett aktiebolag lider en stor förlust under räkenskapsårets första månader, kan med den nu gjorda, och i och för sig ifrågasatta tolkningen av nedsättningsbestämmelserna en förlusttäckning genom nedsättning av aktiekapital eller fond inte ske förrän efter utgången av räkenskapsåret. Denna kapitaltäckningsmöjlighet (bland flera) utesluts därmed ofta i praktiken. (Lindskog *op. cit.* s. 25 synes främst hänföra den nu redovisade problematiken till kravet på rättens tillstånd enligt ABL 6:6, vilket ej är erforderligt för nedsättning av fond för förlusttäckning, varför han konsekvent är kritisk mot att alternativet nedsättning av aktiekapital för avsättning till reservfond utan rättens tillstånd elimineras i gällande rätt i och med SFS 1994:802.)

Ett ytterligare argument för att "förlust" redan enligt gällande rätt kan avses sådant som uppkommit under löpande räkenskapsår

är avfattningen av ABL 6:2, 2 st. I de fall nedsättning av aktiekapital skall ske för återbetalning till aktieägare eller överföring till fritt eget kapital, är det inte påfordrat att täckningsprövningen skall ske enligt fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår. Prövningen av frågan, huruvida det bundna egna kapitalet är täckt efter nedsättningen kan också ske på grundval av de i ABL 4:4, 4 st., 1–3 p. angivna handlingarna, dvs. bl.a. avskrift av den senaste årsredovisningen, styrelsens redogörelse och ett av revisorerna avgivet yttrande häröver. Något sådant alternativ lämnas visserligen inte i ABL 12:4, 3 st. Det synes emellertid inkonsekvent att medge täckningsprövning enligt ABL 4:4-handlingar vid återbetalning, men inte vid förlusttäckning, låt vara att det senare men inte det förra nedsättningsändamålet förenats med krav på rättens tillstånd enligt ABL 6:6.

Rättsläget får följaktligen betecknas som oklart. *Lagförslaget* (17:1 och 17:27) är därför i flera hänseenden ändamålsenligt.

Vad som återstår att bedöma i detta sammanhang är frågan, huruvida en nedsättning av aktiekapital eller fond kan ske för förlusttäckning, visserligen *enligt fastställd balansräkning* enligt tidigare ingiven årsredovisning (för det nästföregående räkenskapsåret), men *under den "förbjudna" tiden*, dvs. i tidsintervallet mellan utgången av det *löpande* räkenskapsåret och ordinarie bolagsstämma. Frågan har diskuterats ovan beträffande vinstutdelning under denna "förbjudna" tid. Inom sagda tidsintervall föreligger visserligen inte en fastställd balansräkning (i snäv mening) för det senaste, nyligen utgångna räkenskapsåret. Återigen måste dock påtalas skillnaden i ordalydelsen mellan ABL 6:1, 1 st., och ABL 12:4, 3 st., å ena sidan, samt ABL 12:2, å den andra. De förstnämnda bestämmelserna saknar tillägget "för det senaste räkenskapsåret". Borgenärsintresset synes ej heller lida skada om en förlusttäckning sker inom tidsintervallet på endera sättet. För den händelse beslut om nedsättning för förlusttäckning sker vid extra bolagsstämma, bör för säkerhets skull (om än ej av tvingande skäl) handlingar enligt ABL 4:4, 1 st., 1–3 p. framläggas. I detta finns ett särskilt aktieägareintresse. Det kan förefalla onödigt att samman-

kalla en extra bolagsstämma före den ordinarie bolagsstämman för att fatta beslut om nedsättning för förlusttäckning, men icke sällan kan en sådan ordning föranledas av tvångslikvidationsbestämmelserna i ABL 13:12–19. En förutsättning för förfarandet är givetvis att fria medel först tas i anspråk för förlusttäckningen.

En nedsättning av aktiekapital bör följaktligen kunna ske för förlusttäckning enligt beslut på extra bolagsstämma före den ordinarie bolagsstämman, dock med följande förbehåll: Om det senaste, nyss utgångna räkenskapsåret har uppvisat vinst, skulle kravet på att fritt eget kapital först utnyttjas för förlusttäckning kunna kringgås, om aktiekapitalet nedsattes för förlusttäckning. Denna kringgåendemöjlighet inskränks enligt gällande rätt emellertid av den treåriga karenstiden i ABL 6:5. Utfallet av en tillämpning av sagda bestämmelser blir således, att om förlusttäckning sker genom nedsättning av aktiekapital på sätt som beskrivits, vinstutdelning icke kan ske utan rättens tillstånd i enlighet med bestämmelserna i ABL 6:5–6. Alternativet är att aktiekapitalet ökas med minst nedsättningsbeloppet.

För det fall nedsättning av fond enligt ABL 12:4, 3 st., sker för förlusttäckning under den "förbjudna" tiden, kan emellertid de fria medel som genererats under det *löpande* året fritt disponeras med iakttagande av vinstutdelningsreglerna i ABL 12:2–3 omedelbart vid den efterföljande ordinarie bolagsstämman eller därefter. Såsom påtalats ovan, saknas för fondnedsättning en karenstid motsvarande den i ABL 6:5. Det anförda skulle kunna tolkas så att större försiktighet borde förordas vid fondnedsättning för förlusttäckning på grund av avsaknaden av karenstid. Avgörande för en slutsats om tillåtligheten av en nedsättning för förlusttäckning under den "förbjudna" tiden är emellertid följande argument: Förutsätts att t.ex. räkenskapsåret sammanfaller med kalenderåret, synes det i hög grad inkonsekvent att tillåta en nedsättning för sagda ändamål den sista december men inte dagen därpå. I *Lagförslaget* elimineras problematiken genom avskaffandet av lokutionen "enligt fastställd balansräkning" och den för aktiekapitalnedsättningen påbjudna karenstiden.

14. ABL 6:1 är oklart i ytterligare ett hänseende. Alltmedan en nedsättning för förlusttäckning enligt p. 1 skall ske mot fastställd balansräkning, kan en nedsättning för återbetalning eller avsättning till fri fond ske på grundval av de handlingar som anges i ABL 4:4, 1 st., 1–3 p. Det möjligen vilseledande intrycket som ABL 6:1, 2 st., ger är vad som däri stadgas om *beräkningen* av det bundna egna kapitalet. Vid återbetalning till aktieägarna eller avsättning till fri fond (ävensom reservfond) synes vad som stadgas om beräkningen i förstone medge, att vid beräkningen hänsyn även tas till de under de löpande, innevarande räkenskapsåret genererade s.k. vinsterna (latenta vinster), om sådana kan påvisas enligt senaste periodbokslut eller balansrapport. Med andra ord skulle ordalydelsen i ABL 6:1, 2 st., i vart fall vid en strikt bokstavstolkning, kunna göra det möjligt att i samband med en nedsättning *disponera över den "vinst" som uppkommit under perioden före nedsättningsbeslutet.* Det sagda kan illustreras med följande exempel.

I ett aktiebolag uppvisar en fastställd balansräkning för det senaste räkenskapsåret tillgångar om 600 och på passivsidan skulder om 300, bundna fonder om 100 och aktiekapital om 200. Balansräkningen har fastställts vid den en ordinarie bolagsstämma under våren 2003. Bolaget planerar en extra stämma under hösten 2003. Inför den extra stämman föreslår styrelsen att bolagets aktiekapital skall sättas ned med 100. Ändamålet med nedsättningen är återbetalning till aktieägarna. Återbetalningen skall emellertid verkställas genom att till aktieägarna utbetalas 200 (t.ex. motsvarande värdet av dotterbolagsaktier upptagna som aktivpost). Genom att samtidigt föreslå att "periodens vinst" om 100 används i en fondemission för höjandet av aktiekapitalet till 200 (alt. att samma "vinst" överförs till bunden fond), förutser styrelsen att bolagets bundna egna kapital efter nedsättningen är till fullo täckt enligt de beräkningsgrunder som anges i ABL 6:2, 2 st. Med en ändamålstolkning av ABL 6:6, 1 st., skulle förfarandet möjligen inte ens erfordra rätttens tillstånd, eftersom genom emissionen bolaget tillförs ett belopp som minst motsvarar nedsättningsbeloppet.

Mot att förfarandet är lagligt skulle kunna anföras, att det möjliggör en vinstutdelning som strider mot ABL 12 kap. Samtidigt skulle väl kunna hävdas, att förfarandet är förenligt med nedsättningsbestämmelserna och ABL 12:1, samt att det inte är underkastat de specifika bestämmelserna om vinstutdelning i ABL 12:2 och följande bestämmelser. Och som redan understrukits, har förfarandet visst stöd i ordalydelsen i ABL 6:1, 2 st., vad gäller beräkningen av bolagets bundna egna kapital på grundval av *andra* handlingar än fastställd balansräkning.

Så långt står klart, att enligt 1944 års lag hade förfarandet icke varit lagligt enligt vad som framgår av den lagens klara ordalydelse (66–67 §§). I 1944 års lag gjordes en distinkt skillnad mellan *formkraven* och de *materiella kraven* vid nedsättning av aktiekapital. Ett förslag om nedsättning skulle med hänsyn till *vikten av att aktieägarna vid beslutets fattande ägde kännedom om bolagets ställning* bl.a. åtföljas av de handlingar som numera redovisas i ABL 4:4, 1 st. Fråga var uteslutande om ett informationskrav (se SOU 1941:9 s. 248). Det materiella borgenärsskyddet upprätthölls i förutsättningarna för rättens tillstånd enligt 67 §: Till en ansökan till rätten skulle bl.a. närslutas en fastställd balansräkning för nästföregående räkenskapsår till grund för rättens beräkning (enligt samma bestämmelse) av det bundna egna kapitalet.

Denna, till synes rationella systematik gick emellertid förlorad i förslaget till gällande ABL (se SOU 1971:15 s. 194 ff.). Systembristen kvarstår fortsatt, men synes ha åtgärdats i *Lagförslaget* (varom mera nedan). De till skydd för aktieägarna uppställda formkraven sammanblandas på ett olyckligt sätt med de materiella kraven, i vart fall enligt vad ordalydelsen ger vid handen i ABL 6:1, 1 och 2 st. Svårigheterna accentueras ytterligare när till de materiella förutsättningarna för rätttens tillstånd enligt ABL 6:6 i förhållande till 1944 års lag 67 § inte längre fogats en bestämmelse om *beräkningen* av det bundna egna kapitalet enligt fastställd balansräkning.

Vid en ändamålstolkning av gällande bestämmelser förefaller emellertid de materiella borgenärsskyddsbestämmelserna böra tillämpas på samma sätt som enligt 1944 års lag. För detta talar bl.a.

att 1975 års lagstiftare icke avsett en saklig ändring i här aktuellt avseende (se SOU 1971:15 s. 194). Ändringen har såtillvida endast avsett systematiken. Visserligen uttalas i förarbetena (se SOU 1971:15 s. 195), att villkoren för erhållandet av rättens tillstånd gjorts mindre stränga än enligt 1944 års lag, men av kommentaren framgår (se SOU 1971:15 s. 199), att liberaliseringen gäller någonting helt annat än beräkningen av det bundna egna kapitalet enligt fastställd balansräkning (den avser behovet av att alla kända borgenärer skall erhålla full betalning eller medge nedsättningen, etc. jämfört med ändringsförslaget, att ett sådant tillgodoseende av borgenärer endast skall avse sådana borgenärer som bestrider nedsättningsansökningen). Det synes vidare föga ändamålsenligt att stadga strängare villkor för en nedsättning för förlusttäckning, som ju skall ske enligt fastställd balansräkning, än för återbetalning, m.m. till aktieägarna. Tillämpningen av vinstutdelningsbestämmelserna i ABL 12 kap. behöver vidare icke ske direkt utan kan, såsom framgår av rättspraxis, ske analogivis.

Den tolkning av ABL 6:1, 2 st., som är mest förenlig med bestämmelsernas ändamål och vad som kommer till uttryck i lagförarbetena är, att vad som föreskrivs i bestämmelsens andra mening om beräkningen enligt handlingar som anges i ABL 4:4, 1 st., uteslutande kan vara ägnat att *reducera* nedsättningsbeloppet, men icke att *utöka* detsamma. Innebörden härav är således, att vad som framkommer ur handlingarna enligt ABL 4:4, 1 st., kan komma att medföra en *nedjustering* av nedsättningsbeloppet, men icke medge en uppjustering av detsamma på grund av en "vinst" som genererats – och som endast är latent – under det löpande (innevarande) räkenskapsåret.

I *Lagförslaget* (14:1–4) framgår det nu anförda genom en sammanställning av 3 och 4 §§.

8. Försiktighetsprincipen

Av vad som har anförts ovan har framgått, att de tvingande borgenärsskyddsreglerna vid vinstutdelning, och till fastställandet av utdelningens omfattning, består dels i principen om täckning för bolagets bundna egna kapital, dels i försiktighetsprincipen. Den förstnämnda principen kommer till uttryck i ABL 12:2, första stycket, och försiktighetsprincipen i stadgandets andra stycke enligt följande

> "Vinstutdelning får inte ske med så stort belopp att utdelningen med hänsyn till bolagets eller koncernens konsolideringsbehov, likviditet eller ställning i övrigt står i strid mot god affärssed."

Försiktighetsprincipen utgör ett slags vinstutdelningens *generalklausul*. Den är omvittnat – kanske också av nödvändighet – oklar och svårfixerad. Såsom ovan påtalats (i avsnitt I), skall denna generalklausul vinna beaktande också vid prövningen av grunderna för ansvarsgenombrott. Trots många försök att ge försiktighetsprincipen ett tydligare innehåll (se Lindskog s. 67 ff., Andersson s. 200 ff. och Nerep s. 151 ff., samtliga med ytterligare hänvisningar till den aktiebolagsrättsliga doktrinen, samt SOU 1997:168 s. 76 ff.) består principens oklarhet, måhända av naturliga skäl. Klargörande hovrätts- och högstadomstolspraxis saknas. Vägledande, generella normer för vad skall utgöra ett bolags eller koncerns konsolideringsbehov eller behov av likviditet har visat sig vara hart när omöjliga att formulera. Ett bolags konsolideringsbehov tillgodoses allmänt genom en förbättrad soliditet. Utöver lagstadgade krav om täckning för det bundna egna kapitalet och reservfonder kan graden av konsolidering ökas genom ytterligare öppna eller dolda reserver. Vilken *konsolideringsgrad* som skall föreligga enligt försiktighetsprincipen är sedan självfallet avhängigt av bolagets specifika karakteristika. Förhållandena varierar från bolag till bolag, beroende av verksamhetens art, samt härvid verksamhetens omfattning och innehåll. Konsolideringsbehovet kan också variera med graden av risk som finns inbyggd i verksamheten. Ytterligare variabler är konjunkturkänslighet, avskriv-

ningsmöjligheter, inhemsk och utländsk konkurrens, marknads- och lönsamhetsutveckling, räntabilitet, m.m.

Likviditetsbehovet kan förväntas bli fastställt på grundval av liknande variabler. Tillgången till och behovet av likvider varierar under ett verksamhetsår med intäkter, tillgång till checkräkningskrediter, andra finansieringskällor, konjunktur, kundernas betalningsförmåga, etc. Så mycket kan möjligen konstateras, att i avsaknad av andra finansieringsmöjligheter skall ett verkställande av ett vinstutdelningsbeslut icke kunna ge upphov till en omedelbar likviditetskris (däremot kan vinstutdelningsbeslutet utformas så, att det skall verkställas när bolagets likviditet förbättrats och tillåter en utbetalning trots att beslutet omedelbart ger upphov till en *fordring* hos bolaget). I normala fall, dvs. där bolaget är solvent och inte i övrigt har en väsentligt försvagad ekonomisk ställning, torde likviditetsfaktorn ytterst sällan utgöra ett hinder mot vinstutdelning (jfr Nerep s. 153).

Utöver bolagets konsolideringsbehov och likviditet skall bolagets "*ställning i övrigt*" beaktas. Härmed avses främst bolagets utveckling, lönsamhet, värdet av tillgångar, extraordinära händelser och förluster, skadeståndskrav, tvister, m.m. som inträffat *efter* räkenskapsårets utgång (se SOU 1971:15 s. 311 och prop. 1975:103 s. 478). För det fall ny kunskap har vunnits om omständigheter som påverkar bolagets verksamhet, lönsamhet, etc. *före* räkenskapsårets utgång, skall även sådana omständigheter beaktas vid tillämpningen av försiktighetsprincipen, i den mån dessa redan icke har beaktats vid upprättandet av balansräkningen och beräkningen av utdelningsbara vinstmedel (se härom SOU 1997:168 s. 78, Andersson s. 214, och Lindskog s. 71).

För en utförligare analys av försiktighetsprincipens olika moment hänvisas till den åberopade litteraturen. Det är emellertid viktigt att understryka, att principen trots denna analys är påfallande vag i konturerna. I synnerhet gäller detta begreppet "god affärssed", som i princip är utan innehåll. (Jfr SOU 1997:168 s. 77: "Någon affärssed har inte utbildats och beskrivits på området under de 20 år som bestämmelsen varit i kraft.") Försöken att fylla begreppet med ett begripligt och vägledande innehåll har visat sig vara förgäves. Föga förvånande har också begreppet mött hård kritik i den aktiebolagsrättsliga doktrinen. Svårig-

heten att ge begreppet ett meningsfullt innehåll har säkerligen också avskräckt tvistande parter i domstol från att åberopa försiktighetsprincipen, vilket naturligen sammanhänger med den ringa graden av förutsebarhet.

Överhuvudtaget väcker försiktighetsprincipen betydande betänkligheter från rättssäkerhetssynpunkt i beaktande av vad som nu anförts. Koncern- och bolagsledningar, revisorer, aktieägare och övriga berörda utsätts på grund av principens vaga utformning för en väsentlig rättsosäkerhet. Med hänsyn bl.a. härtill har jag i ett tidigare sammanhang uttalat, att en tillämpning av försiktighetsprincipen påkallar en viss ytterligare rättssäkerhetsmarginal (se Nerep s. 152). Uttalandet förtjänar ett förtydligande: Principen skall vara tillämplig i undantagsfall; endast i de mera *uppenbara fallen* av nedgång i konsolideringsgrad, likviditetssvårigheter och utveckling av övriga omständigheter som påverkar bolagets ekonomiska ställning, skall således försiktighetsprincipen begränsa utdelningsutrymmet. (Jfr Lindskog s. 68. Av annan mening Andersson s. 205 och 218, dock att Andersson s. 205 uttalar, att det finns anledning att tro, "att domstolarna inte kommer att tillämpa försiktighetsregeln med de rättsföljder som stadgas i 12:5 ABL annat än när det är tydligt att utbetalning av vinstutdelning inte borde ha skett".) Enligt gällande rätt skall således försiktighetsprincipen tillämpas *restriktivt*. Slutsatsen överensstämmer med vad som förekommer i det praktiska rättslivet. Såvitt kan överblickas, torde det vara ytterst sällsynt att försiktighetsprincipen begränsar vinstutdelningsutrymmet i praktiken.

För moderbolag (i den mening som föreskrivs i ABL 1:5, dvs. koncerndefinitionen) finns ytterligare en vinstutdelningsbegränsning: Vinstutdelningen får icke överstiga vad som i fastställd koncernbalansräkning för det senaste räkenskapsåret redovisas som utdelningsbara medel enligt ABL 12:2. Denna tilläggsbegränsning för moderbolag har tillkommit i syfte att förhindra att ett moderbolag i en koncern tar ut vinster som inte motsvaras av vinster för koncernen som helhet. För moderbolag gäller därmed en dubbel begränsning i det att bolaget dels inte får dela ut mer än vad som redovisas som utdelningsbar vinst enligt bolagets egen balansräkning, dels inte får dela ut mer än vad som redovisas

som vinst i koncernbalansräkningen. Fram till den genomgripande reformeringen av aktiebolagslagen i samband med implementeringen av EU:s aktiebolagsrätt i Sverige 1995 ålåg det generellt moderbolag att upprätta koncernresultat- och koncernbalansräkning, vari bl.a. interna vinster och förluster samt interna fordringar och skulder eliminerats. I årsredovisningslagen 7:2 stadgas emellertid numera en rad undantag från denna allmänna skyldighet. På grund av dessa undantag ändrades också aktiebolagslagens vinstutdelningsregler såtillvida att den dubbla utdelningsspärren avskaffades för moderbolag som inte själva hade skyldighet att upprätta koncernredovisning. I förarbetena (prop. 1995/96:10 del 2 s. 131) uttalades i samband med denna lagändring, att koncernens utdelningskapacitet istället fick beaktas inom ramen för *försiktighetsprincipen* för sådana moderbolag som var undantagna från skyldigheten att upprätta koncernbalansräkning. Den principiella utgångspunkten var, att vinstutdelningen aldrig fick överstiga vad som skulle ha redovisats som utdelningsbara medel för det fall bolaget *hade* upprättat koncernredovisning, varvid utdelningsutrymmet fick bedömas med hänsyn till tillgängligt material eller på en inom bolaget särskilt upprättad sammanställning.

I realiteten innebär det sagda, att vinstutdelningsutrymmet fortsatt skall vara detsamma för ett moderbolag, som om det hade förelegat en dubbel utdelningsspärr, oaktat att bolaget saknar koncernredovisningsskyldighet. Med stöd av försiktighetsprincipen skall utdelningsmöjligheterna begränsas till vad som skulle ha gällt, om moderbolaget hade varit skyldigt att upprätta koncernredovisning. *I praktiken* torde emellertid lagändringen innebära att för sådana moderbolag som icke har skyldighet att upprätta koncernredovisning toleransutrymmet för felbedömningar har ökat. Det kan med koncernredovisningsskyldighetens avskaffande inte på samma gång krävas att koncernredovisning ändå skall upprättas med sådan fasthet och i sådan detalj att vinstutdelningsutrymmet kan ges samma precision som tidigare. Även här måste således föreligga en rättssäkerhetsmarginal.

I *Lagförslaget* 14:3, 2 st., återfinns en något *reviderad* försiktighetsregel: Värdeöverföring från bolaget till aktieägare eller annan får endast ske "i den mån det med hänsyn till bolagets och, om bolaget är moder-

bolag, koncernens konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt framstår som försvarligt. Därvid skall beaktas de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet." Det närmast självklara tillägget i den sista meningen har tillkommit i "klarhetens intresse" (se SOU 1997:168 s. 78). Det innebär emellertid knappast någon precisering av försiktighetsregeln. Aktiebolagskommitténs programförklaring (se SOU 1997:168 s. 77) är emellertid, att den föreslår "en utvidgad och preciserad" försiktighetsregel. Den fundamentala frågan skall vara om det med hänsyn till bolagets resultat och ställning på det hela taget är rimligt att dela ut vinst och hur stor del av vinsten som det i så fall är lämpligt att dela ut. Den grundläggande idén bakom försiktighetsregeln sägs vara, att ett aktiebolag inte skall kunna genomföra värdeöverföringar till aktieägare eller annan med större belopp än att "dess ekonomiska ställning efter värdeöverföringen är betryggande för fordringsägarna" (se SOU 1997:168 s. 77, jfr Andersson s. 207).

Den föreslagna utvidgningen av försiktighetsregeln är i själva verket en kodifikation av gällande praxis och synsätt inom den aktiebolagsrättsliga doktrinen: Försiktighetsregeln skall inte endast vara tillämplig vid en formenlig vinstutdelning utan också vid varje form av värdeöverföring (möjligen med undantag för den utdelning av sakvärden som prövades i NJA 1995 s. 742), oavsett om formerna härför iakttagits och oavsett överföringens adressat. Lagförslaget är alltså i denna del fullt förenligt med gällande rätt, men innebär en anpassning av försiktighetsregelns ordalydelse till denna. Någon utvidgning av försiktighetsregeln i övrigt synes inte föreslås. Däremot preciseras försiktighetsregeln i Lagförslaget såtillvida, att hänvisningen till "god affärssed" utmönstras till förmån för ett "försvarlighetsrekvisit": Värdeöverföring får endast ske om den framstår som *försvarlig* med hänsyn till konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. I det föreslagna "försvarlighetsrekvisitet" visar sig återigen svårigheterna att precisera försiktighetsregeln. Visserligen har, såsom Aktiebolagskommittén konstaterat (SOU 1997:168 s. 77), någon "affärssed" inte utvecklats, varför lokutionen "god affärssed" blir föga vägledande. Detsamma måste emellertid sägas om vad som enligt praxis är försvarligt. Även "försvarlighetsrekvisitet"

förutsätter grundläggande normer mot vilket rekvisitet kan prövas. På så sätt skiljer sig inte försvarlighetsrekvisitet från rekvisitet "god affärssed". Vari preciseringen av försiktighetsregeln består blir därmed oklart. Den enda ledning som ges i kommitténs betänkande är ytterligare två relativa begrepp, nämligen "rimligt" och "lämpligt", utöver den allmänna utgångspunkten, att värdeöverföringar icke skall ske med större belopp än att bolagets ekonomiska ställning efter värdeöverföringen är betryggande för fordringsägarna. Den sistnämnda utgångspunkten är emellertid inte på något sätt specifik för försiktighetsregeln; den bär upp samtliga tvingande borgenärsskyddsregler i aktiebolagsrätten, dvs. den är själva inbegreppet av borgenärsskyddet.

Med borgenärsskyddet såvitt gäller värdeöverföringar manifesteras i första hand principen, att det bundna egna kapitalet skall vara täckt efter överföringen. Det är denna princip som primärt är avsedd att skapa en viss, om än begränsad trygghet för fordringsägarna. Härtill kommer ett visst avsättningskrav (reservfonden, eller den s.k. sparandespärren). Försiktighetsregeln skall ses mot bakgrund av denna huvudprincip för borgenärsskyddet. Tolkningen av försiktighetsregeln bör också ske mot bakgrund av det grundskydd som principen om täckning av det bundna egna kapitalet erbjuder. Försiktighetsprincipen bör därför bli tillämplig endast om detta grundskydd på grund av t.ex. förluster, konjunktursvängningar, kraftigt försämrad likviditet, etc. tydligt riskerar att undergrävas. Det typiska fallet för försiktighetsregelns tillämpning bör vara när verksamhetsutvecklingen i slutet av räkenskapsåret och efter räkenskapsårets utgång fram till värdeöverföringstidpunkten (eller i övrigt tiden före överföringen) är så negativ, att för det fall räkenskapsåret hade förlängts till sistnämnda tidpunkt, skulle någon utdelningsbar vinst inte längre föreligga. I detta typiska fall framstår också som klart, att bolaget har ett konsolideringsbehov, dvs. ett behov av en "buffert" i beaktande av förlustutvecklingen. I andra fall är Lagförslagets "precisering" av försiktighetsregeln alltför marginell för att motivera en annan slutsats om försiktighetsregelns tillämpning än den ovan gjorda om gällande rätt: Försiktighetsregeln skall tillämpas *restriktivt* och med fokus på de mera uppenbara fallen av konsolideringsbehov, bristande likviditet och försämrad ekonomisk ställning, i linje med nyss angivna typfall.

9. Om återbärings- och bristtäckningsansvar

I ABL 12:5, 1 st., stadgas återbäringsansvar, och i bestämmelsens andra stycke om bristtäckningsansvar. Återbäringsansvaret gäller *vid all utbetalning* till aktieägare i strid med aktiebolagslagen. Fråga kan vara om utbetalning i strid med bestämmelserna om nedsättning av aktiekapitalet, förvärv av egna aktier, likvidation eller om vinstutdelning. Om utbetalningen skett i form av *vinstutdelning*, skyddas den mottagare som är i *god tro* (bevisbördan för ond tro åvilar bolaget). Bristtäckningsansvar kan avse samtliga de bolagsorgan som omnämns i ABL 15 kap., häribland verkställande direktör, styrelseledamöter, revisor och aktieägare. Ansvaret omfattar den brist som uppkommer på grund av att återbäringsansvaret inte fullgörs, eller inte aktualiseras på grund av god tro. Hänvisningen till ABL 15 kap. 1–6 §§ innebär bl.a. att ansvaret är solidariskt, men också att jämkning kan komma att ske enligt ABL 15:5 efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art, skadans storlek och omständigheterna i övrigt. Däremot underkastas inte ansvaret de specifika, förkortade preskriptionsfrister som föreskrivs i ABL 15:10–13, utan en allmän preskriptionstid om tio år.

Enligt ordalydelsen utlöses återbäringsansvar endast vid *lagstridig* "utbetalning till aktieägare". För bristtäckningsansvaret gäller enligt ordalydelsen följaktligen detsamma. Vidare synes bestämmelsens ordalydelse primärt ta sikte på *formenliga* utbetalningar. Sedan länge har därför diskuterats i den aktiebolagsrättsliga doktrinen huruvida bestämmelsen kan vara analogivis tillämplig på utbetalningar i strid med lagen till andra än aktieägare och härutöver på icke formenliga utbetalningar (förtäckta utbetalningar). Vidare har diskuterats bristtäckningsansvarets räckvidd, främst såvitt gäller ansvarssubjekten, ondtroskrav, etc. (se härom t.ex. Andersson s. 541 ff., 651 ff. och 709 ff., Lindskog s. 109 ff., och Nerep s. 353 ff. och 384 ff.). Ovan har emellertid påtalats, att det ytterst sällan lär förekomma i praktiken att ett bolag svarar för en vederlagsfri utbetalning, dvs. en värdeöverföring, till *annan* än aktieägare, deras närstående eller närståendebolag, särskilt i beaktande av det *avsiktsrekvisit* som ryms i lagstridigheten. Återbäringsansvaret beteck-

nas stundom som primärt ansvar och bristtäckningsansvaret såsom sekundärt eller subsidiärt.

I det följande sammanfattas gällande rätt om återbärings- och bristtäckningsansvar. Därefter följer en diskussion av Lagförslaget, som huvudsakligen är en kodifiering av gällande rätt även till den del denna inte återges i ordalydelsen av ABL 12:5.

1. ABL 12:5 är tillämplig på varje vederlagsfri utbetalning. Bestämmelsen är *direkt* tillämplig på sådana utbetalningar som är lagreglerade och formenliga, dvs. utbetalning på grund av vinstutdelning, förvärv av egna aktier, nedsättning av aktiekapital, reservfond eller överkursfond och utskiftning vid bolags likvidation. Den är *analogivis* tillämplig på andra vederlagsfria utbetalningar, dvs. värdeöverföringar eller förtäckta vinstutdelningar, inklusive vederlagsfria lån, säkerheter, försäljningar till underpris, förvärv till överpris, etc.
2. En utbetalning strider mot aktiebolagslagen när den antingen *avviker från de minoritetsskyddande, dispositiva bestämmelserna eller mot de tvingande borgenärsskyddsreglerna*. Vid vinstutdelning – formenlig eller icke formenlig – står utbetalningen i strid med aktiebolagslagen om formföreskrifterna i ABL 12 kap. icke iakttas eller aktieägarna eljest icke är överens om att avvika från dessa formföreskrifter, eller om de tvingade bestämmelserna i ABL 12:2 överträds. Härutöver kan ett vinstutdelningsbeslut stå i strid med de minoritetsskyddande principerna om likabehandling, jäv, otillbörlighet, etc.
3. ABL 12:5 är direkt tillämplig vid *lagstridiga utbetalningar till aktieägare*. Bestämmelsen är emellertid analogivis tillämplig på utbetalningar till *andra* än aktieägare, i första rummet utbetalningar till närstående eller närståendebolag till aktieägare. En sådan analogivis tillämpning har förordats i den aktiebolagsrättsliga doktrinen, men har också bekräftats av två högsta domstolsavgöranden, NJA 1997 s. 418, och NJA 1999 s. 426. Ytterligare analogier utesluts inte. Med hänsyn till säkerheten i omsättningen och det praktiskt ekonomiska livet skall emellertid analogierna från ABL 12:5 (och ABL 12:2) hållas inom snäva ramar.

Såväl återbäringsstadgandet i ABL 12:5, 1 st., som bristtäckningsstadgandet i ABL 12:5, 2 st., kan vara analogt tillämpliga; ansvar förutsätter emellertid *kvalificerad ond tro* (vetskap eller uppsåt) vid analogitillämpning, varom mera nedan. Innebörden härav är att återbäringsansvaret kan träffa annan än aktieägare och att bristtäckningsansvaret kan utsträckas till att omfatta andra medansvariga, ävensom mottagaren av en värdeöverföring, men också aktieägare som i överföringsögonblicket avhänt sig aktierna eller avsett att göra detta, men även förvärvare av aktier. Någon bestämd yttre gräns för analogitillämpningen definieras icke.

Kretsen av ansvariga är således fortsatt relativt obestämd. En annan sak är sedan, som påtalats ovan, att vederlagsfria utbetalningar eller värdeöverföringar till andra än aktieägare – eller deras närstående fysiska eller juridiska personer – torde tillhöra sällsyntheterna; det är nämligen svårt att inse varför ett aktiebolags ledning mer eller mindre avsikligt skulle verkställa vederlagsfria utbetalningar till förmån för sådana utomstående personer som saknar anknytning till aktiebolaget eller dess ägarkrets, med mindre aktieägarna indirekt i någon mening berikas eller gynnas härav. Så t.ex. kan ett aktiebolags vederlagsfria lån eller säkerheter gynna en aktieägare på grund av att aktieägaren avlastas bördan av andra lån eller säkerheter som aktieägaren helt eller delvis svarar för. När en förvärvare av aktier i aktiebolag föranstaltar om vederlagsfria utbetalningar direkt till aktiesäljaren, eller indirekt via förvärvaren till aktiesäljaren – från det förvärvade aktiebolaget – avlastas förvärvaren och den nye ägaren från det omedelbara betalningsansvaret och gynnas dessutom säljaren av att dennes fordring på grund av aktieförsäljningen regleras. När så t.ex. en bank eller annat kreditmarknadsbolag har en fordring hos ett aktiebolag, vilken fordring regleras genom ett annat aktiebolags försorg – vilket bolag måhända tillhör samma koncern som det förstnämnda gäldenärsbolaget – gynnas på samma sätt gäldenärsbolaget genom den omedelbara avlastning av betalningsansvaret som sker vis à vis kreditmarknadsbolaget, samtidigt som den ägarkontroll som gäldenärsbolaget utövar över reglerande bolag i vart fall ger utrymme för ett reduce-

rat betalningstryck (jfr NJA 1997 s. 418, 448, om "ägarliknande kopplingar"). Den sålunda indikerade begränsningen av adressatkretsen vid tillämpningen av vinstutdelningsbestämmelserna är i första hand *ett resultat av det s.k. vederlagsfrihetskriteriet* (innefattande även en form av avsikt att vederlagsfritt överföra värden till tredje man); genom detta kriterium sker en naturlig avgränsning av adressatkretsen. Högsta domstolen har emellertid i 1997 och 1999 års fall funnit, att adressatkretsen skall definieras snävt av huvudsakligen andra skäl, nämligen med hänsyn till säkerheten i omsättningen och det praktiskt ekonomiska livet.

4. Återbäringsansvaret aktualiseras följaktligen när *utbetalningen i fråga står i strid med borgenärsskydds- eller minoritetsskyddsreglerna*. I det senare fallet kan återbäring komma att ske på talan av aktieägare (normalt klander av bolagsstämmobeslut). Återbäringsansvaret utlöses också oavsett utbetalningsadressat, även om kretsen av adressater av naturliga skäl begränsas till aktieägare och deras närstående (inklusive närståendebolag). Enligt lagförarbetena skall vidare återbäringsansvaret innefatta skyldighet att återbära annat än rena kontantutbetalningar (se SOU 1971:15 s. 321 och prop. 1975:103 s. 486). Återbäringsansvaret omfattar följaktligen även andra vederlagsfria utbetalningar (värdeöverföringar) än sådana som skett som formenliga vinstutdelningar (se härom Nerep s. 356 f., Andersson s. 601 ff. och i sak även Lindskog s. 41 ff.). Återbäringsansvaret omfattar således all värdeöverföring oavsett egendomstyp och t.o.m. ökad skuldsättning till förmån för aktieägare eller annan (se Nerep s. 357). Det har härvid mindre betydelse om ABL 12:5, 1 st., tillämpas direkt eller analogivis.
5. Återbäringsansvaret är en följd av att *vederlagsfria utbetalningar i strid med aktiebolagslagen är ogiltiga*. Vid överträdelse av de tvingande borgenärsskyddsreglerna i ABL 12:2 (eller de principer som gäller vid nedsättning, förvärv av egna aktier, utskiftning, likvidation, etc.) följer ogiltigheten av överskridandet av (ovillkorliga) behörighetsbegränsningar (se Nerep s. 39 ff.). Detsamma gäller överträdelse av de formföreskrifter i ABL 12 kap. som ger bolagsstämman eller aktieägarna *samfällt exklusiv behörighet* att

besluta om vinstutdelning; en styrelse, särskilt firmatecknare eller verkställande direktör (eller annan företrädare för bolaget) har således inte behörighet att *utan förankring* hos samtliga aktieägare besluta om eller verkställa beslut om en vederlagsfri utbetalning, även om denna är förenlig med de tvingande borgenärsskyddsreglerna i ABL 12:2. Sker överträdelse av andra minoritetsskyddsregler (likhetsgrundsatsen, generalklausulen, jävsregler, etc.), följer ogiltigheten av ett befogenhetsöverskridande. Även andra fall av befogenhetsöverskridande kan förekomma, när t.ex. ett i och för sig behörigt beslut eller verkställande av en vederlagsfri utbetalning står i strid med verksamhetsföremålet eller annan föreskrift i bolagsordningen, bolagsstämmoinstruktion, etc.

6. Vad sedan gäller *återbäringsansvarets omfattning* skall den återbäringsskyldige återbära vad som "uppburits" jämte ränta enligt räntelagen. Vid utbetalning av kontanter eller annan generiskt bestämd egendom omfattar återbäringsansvaret således vad som uppburits eller, om endast en del av utbetalningen är ogiltig, dvs. vid partiell ogiltighet, den ogiltiga delen. Detsamma gäller ogiltiga, vederlagsfria lån, panter eller andra säkerheter. Vid utdelning av annan egendom (sakvärden) skall återbäringen avse denna, eller värdet av egendomen, till den del utbetalningen är ogiltig. Som huvudregel gäller att återbäringen i sådana fall skall omfatta ett beloppsmässigt värde motsvarande den ogiltiga utbetalningen, såsom denna värderas vid tidpunkten för utbetalningen. Det är emellertid inte uteslutet att bolaget primärt har rätt att återfordra egendomen i fråga och att den beloppsmässiga återbäringsskyldigheten skall korrespondera med en bolagets subsidiära rätt. Däremot förefaller det uteslutet att återbäringsansvaret skall begränsas till ett återlämnande av egendomen i fråga, om egendomens värde minskat efter utbetalningstidpunkten; ansvaret bör således även omfatta värdeminskningen (jfr Andersson s. 649, som i sak synes ha samma uppfattning). Rättsläget kan emellertid knappast sägas vara klart i denna fråga (se härom t.ex. Lindskog s. 124 f., och Nerep s. 399 f.).
7. Bolagets anspråk på återbäring synes kunna vara *sakrättsligt skyddat* (jfr Lindskog s. 125, och Nerep s. 400). I den återbäringsskyl-

diges konkurs förutsätts härvid att separation är möjlig (individualiserad egendom).

8. Prövningen av frågan, huruvida en vederlagsfri utbetalning är ogiltig eller icke och den därav följande frågan om återbäringsansvar är, såsom ovan påtalats, tudelad: Prövningen skall avse dels frågan om vederlagsfriheten, dels om begränsningarna i ABL 12:2 överskridits. *Den relevanta tidpunkten* för ogiltighetsprövningen synes i princip vara utbetalningstillfället, dvs. det är omständigheterna vid utbetalningstidpunkten som skall beaktas vid prövningen av utbetalningens giltighet (se härom Andersson s. 639 ff., och Lindskog s. 74 ff., som i huvudsak intar samma ståndpunkt). Så t.ex. gäller beträffande vederlagsfria lån, att låneutbetalningstidpunkten blir styrande för prövningen av utbetalningens vederlagsfrihet och giltighet i vad avser utdelningsbegränsningarna. Detsamma gäller vederlagsfri pant och borgen (se härom NJA 1980 s. 311, och beträffande borgen NJA 1995 s. 418). Har ett beslut i strid med de tvingande borgenärsskyddsreglerna och främst utdelningsbegränsningen i ABL 12:2 ännu icke verkställts, gäller istället beslutstidpunkten. I andra fall av behörighets- eller befogenhetsöverskridanden saknar det senare ledet i ogiltighetsprövningen betydelse, varför avgörande istället blir tidpunkten för behörighets- eller befogenhetsöverskridandet. Ett sådant överskridande kan ske genom bolagsorgans beslut, som i vissa fall sammanfaller med verkställigheten. Fattar t.ex. en bolagsstämma beslut om vederlagsfri utbetalning som är förenligt med ABL 12:2 men i strid med minoritetsskyddsreglerna, föreligger ett befogenhetsöverskridande och beslutet är därigenom klanderbart; omständigheterna vid beslutstillfället blir avgörande för beslutets giltighet.

9. Återbäringsansvaret omfattas av *godtrosskydd*. Bolaget skall visa att mottagaren insåg eller bort inse att utbetalningen stred mot aktiebolagslagen. Godtrosregelns ordalydelse synes innebära, att regeln är *direkt tillämplig vid formenlig vinstutdelning*. Innebörden härav är bl.a. att godtrosskyddet inte gäller vid utbetalningar i samband med nedsättning, förvärv av egna aktier, utskiftning vid likvidation, etc. (Däremot är godtrosskyddet tillämpligt vid utdelningar

i strid med ABL 6:5.) Frågan om godtrosregeln är tillämplig såväl vid formenliga vinstutdelningar som icke formenliga, förtäckta vinstutdelningar, är oklar. Under alla förhållanden torde godtrosregeln vara *analogivis tilllämplig på icke formenliga utdelningar.* (Se härom bl.a. Nerep s. 359, Andersson s. 661 ff. Av annan mening är tydligen Lindskog s. 120, som förefaller inskränka godtrosskyddet till att avse *formenliga* vinstutdelningar. Se dock SOU 1997:168 om analog tillämpning av godtrosregeln på grund av rättspraxis och ovan nämnda högstadomstolsavgöranden från 1997 och 1999.)

Sker utbetalningen till andra än den lagstadgade aktieägarkretsen, är *godtrosskyddet kvalificerat* (krav på "vetskap" eller "uppsåt"). Såsom framgår av lagstadgandet, har bolaget bevisbördan för ond tro, så även vid tillämpningen av den i praxis gällande godtrosregeln, även för kvalificerad ond tro. Med denna utgångspunkt i bevisbördehänseende skall *ond tro föreligga* vid den ovan i förra punkten nämnda ogiltighetstidpunkten, dvs. normalt *vid utbetalningstidpunkten.* Den onda tron skall avse de omständigheter som gör den vederlagsfria utbetalningen ogiltig. I fråga om utbetalning i strid med ABL 12:2 skall den onda tron omfatta såväl det förhållandet att utbetalningen är vederlagsfri som att den står i strid med utdelningsbegränsningarna i stadgandet i fråga.

Vid behörighets- eller befogenhetsöverskridanden utan att utdelningsbegränsningarna överträds, följer de *relevanta omständigheterna* av vad som konstituerar ett behörighets- respektive befogenhetsöverskridande (t.ex. att styrelsen saknade behörighet att besluta om och verkställa utbetalning, att bolagsstämman beslutat i strid med likhetsgrundsatsen, jävsbestämmelserna eller generalklausulen, mot bakgrund av en icke fastställd balansräkning eller en oriktig sådan eller eljest i strid med formföreskrifterna, etc. Om analog tillämpning av godtrosregeln, se även Andersson s. 689 ff. och 692).

Något förbryllande är Aktiebolagskommitténs ståndpunkt (se SOU 1997:168 s. 85, med hänvisning bl.a. till NJA 1951 s. 6 I och II, och till Andersson s. 686 ff., främst i själva verket 694 f.), att det inte spelar någon roll "om mottagaren också insett eller bort inse att

värdeöverföringen var olaglig". I de högstadomstolsavgöranden som Aktiebolagskommittén hänvisar till (liksom i de andra avgörandena som Andersson diskuterar, bl.a. NJA 1980 s. 311) har Högsta domstolen icke haft skäl att uttala sig om godtrosregelns omfattning i här aktuellt hänseende. Ståndpunkten kan därför knappast sägas ha stöd i rättspraxis. Fastmera förefaller det i högsta grad naturligt, att den onda tron skall omfatta såväl vederlagsfriheten i utbetalningen som det förhållandet att utbetalningen överskrider utdelningsbegränsningarna (så måste enligt min mening rättspraxis, och främst NJA 1980 s. 311 och NJA 1995 s. 418, tolkas). Om det uteslutande varit kommitténs avsikt att uttala, att den onda tron icke behöver avse det förhållandet, att utbetalningen i sig är ogiltig eller lagstridig (dvs. utbetalningens rättsliga kvalitet, bortsett från vederlagsfriheten), finns däremot inga invändningar. En sådan tolkning står emellertid i strid med det närmast föregående konstaterandet i betänkandet, nämligen att den onda tron skall avse den omständigheten att utbetalningen "innefattat en värdeöverföring från bolaget", dvs. en vederlagsfri utbetalning. Detta kan emellertid icke anses vara tillräckligt för ond tro när fråga är om överträdelser av ABL 12:2.

10. *Bristtäckningsansvaret* enligt ABL 12:5, 2 st., avser enligt ordalydelsen de ansvarssubjekt som upptas i ABL 15 kap., dvs. styrelseledamöter, verkställande direktör, revisor, aktieägare, etc. I subjektivt hänseende förutsätts härvid minst oaktsamhet, dock att för aktieägare gäller uppsåt eller grov oaktsamhet. Hänvisningen till ABL 15 kap. innebär också att jämkning kan ske enligt ABL 15:5, men dessutom att ansvaret är solidariskt enligt ABL 15:6. De i ABL 15:13 stipulerade preskriptionsfristerna är emellertid icke tillämpliga på bristtäckningsansvaret; här gäller istället en allmän preskriptionstid om tio år.

    Ansvaret aktualiseras vid medverkan till beslut om en lagstridig utbetalning eller verkställandet av beslutet. Såsom framgår av en tidigare utredning av rättspraxis (se Nerep s. 384 ff.), kan aktieägare göra sig skyldiga till medverkan till beslut om lagstridig utbetalning genom skilda åtgärder i samband med försäljningen av

aktieägarens aktier: Det kan t.ex. vara förutsatt i överlåtelseavtalet, att en lagstridig utbetalning skall komma att ske. (Närmare om detta, Nerep s. 382 ff., Lindskog s. 132 ff., och Andersson s. 716 ff.) Medverkan kan också avse ett upprättande eller fastställande av en till grund för beslutet om en lagstridig utbetalning liggande oriktig balansräkning.

Ett bristtäckningsansvar förutsätter att de objektiva rekvisiten – och således inte det subjektiva – för återbäringsansvar är uppfyllda. I denna mening är bristtäckningsansvaret subsidiärt till återbäringsskyldigheten. Om återbäringsansvaret inte utlöses på grund av god tro hos mottagaren av en lagstridig utbetalning, inträder följaktligen bristtäckningsansvaret. Bristtäckningsansvarets *subsidiaritet* i förhållande till återbäringsansvaret gör emellertid också att ansvaret gäller oberoende av om bolaget faktiskt skadas eller inte.

Bestämmelsen om bristtäckningsansvar är *analogivis tilllämplig* på andra ansvarssubjekt än dem som regleras av ordalydelsen. Det kan här vara fråga om sådana personer som utövar en *faktisk ledning* av bolaget, t.ex. koncernchefer, men även andra, vilket framgår bl.a. av NJA 1997 s. 418. Vidare kan en *analogitillämpning* ske i det fall där någon *i samförstånd* med en primärt återbäringsansvarig person medverkar till en lagstridig utbetalning, eller när medverkan består i ett *mottagande av medel* som härrör från en lagstridig utbetalning. I det sistnämnda analogifallet förutsätts enligt NJA 1997 s. 418 i subjektivt hänseende vetskap eller uppsåt. I de två förstnämnda fallen synes ett bristtäckningsansvar kräva mer än sedvanlig ond tro, möjligen grov oaktsamhet eller t.o.m. uppsåt. (Om dessa två fall saknade Högsta domstolen anledning att uttala sig i rättsfallet i fråga.)

Givetvis kan ytterligare fall av analogitillämpning urskiljas, t.ex. i den situationen där en ägare av ett aktiebolag före överlåtelsen av aktierna med aktieförvärvaren avtalar, att köpeskillingens erläggande skall åstadkommas genom en lagstridig utbetalning. Huruvida säljarens ansvar skall grundas på medverkan i *beslut* om lagstridig utbetalning med en direkt tillämpning av bristtäckningsregeln, eller medverkan till en lagstridig utbetalning i *samförstånd*

med den primärt återbäringsskyldige, eller t.o.m. på grundval av omständigheten, att säljaren *emottagit* lagstridigt utdelade medel, kan naturligtvis diskuteras, men bör måhända inte vara avgörande för det slutliga utfallet. En kritisk faktor synes emellertid vara frågan, vilket *subjektivt rekvisit* som skall tillämpas: I egenskap av aktieägare förutsätts grov oaktsamhet, i egenskap av styrelseledamot eller VD endast oaktsamhet, och såsom varande *de facto*- ledning i bolaget, möjligen grov oaktsamhet. Om medverkansansvaret emellertid inskränks till mottagandet av lagstridigt utdelade medel, förutsätts i enlighet med NJA 1997 s. 418 vetskap eller uppsåt.

Består å andra sidan säljarens eventuella medverkan endast i att han borde ha förstått, att köparens enda möjlighet att finansiera köpet var en lagstridig utbetalning, uppstår problemet att kvalificera säljarens delaktighet: Skall denna endast anses utgöra ett mottagande av olovligen utdelade medel, eller är hans medverkan att beteckna som ett "samförstånd", eller är den t.o.m. en följd av hans bestämmande inflytande i bolaget, åtminstone under tiden före det slutliga avhändandet av aktierna? Rättsläget här är oklart. På samma sätt skulle t.ex. en bank kunna tillgodogöra sig medel som härrör från en lagstridig utbetalning på grund av "samförstånd" eller faktiskt bestämmande inflytande över det utbetalande bolaget och göras medverkansansvarig i anledning härav. Utgörs de omständigheter som konstituerar medverkan emellertid uteslutande eller "väsentligen" endast av ett mottagande av lagstridigt utbetalda vinstmedel, förutsätts enligt NJA 1997 s. 418 vetskap om att medlen härrör från en lagstridig utbetalning. Det förefaller emellertid stundom vara förenat med stora svårigheter att skilja det uppsåtliga emottagandet av medel från medverkan i "samförstånd". Högsta domstolens framställning i domskälen i nyssnämnt fall är inte tillräckligt klargörande härvidlag.

Slutligen kan nämnas, att den bristtäckningsansvarige har regressrätt mot den primärt återbäringsskyldige, förutsatt att denne inte varit i god tro. Det solidariska bristtäckningsansvaret leder också till en regressrätt respektive regresskyldighet de ansvariga emellan.

Lagförslaget 14:6 med rubriken "Rättsföljderna vid olaglig värdeöverföring" har fått en utformning som huvudsakligen korresponderar med vad som ovan redovisas om direkt eller analogivis tillämpning av ABL 12:5. Det finns emellertid vissa avvikelser, nämligen följande.

1. Enligt Lagförslaget 14:6, 1 st., skall varje olaglig värdeöverföring leda till återbäringsansvar. Den återbäringsansvarige skyddas genom en *godtrosregel*. För det fall värdeöverföringen skett på annat sätt än i form av vinstutdelning, återbetalning vid minskning av aktiekapitalet eller reservfonden, likvidation eller gåva enligt Lagförslaget 14:5, är godtrosskyddet emellertid inskränkt. Bolaget skall endast visa att mottagaren av värdeöverföringen insåg eller bort inse att "transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget". Till skillnad från vad som ovan redovisats om gällande rätt, innebär godtrosregeln ingen skyldighet för bolaget att visa, att värdeöverföringen var olaglig i den meningen att utdelningsbegränsningarna (kravet på täckning av bundet eget kapital och försiktighetsprincipen) överskridits. Detta inskränkta godtrosskydd gäller sålunda vid icke formenlig vinstutdelning. Enligt gällande rätt, och i första hand såsom denna uttolkats i den aktiebolagsrättsliga doktrinen, innefattar en värdeöverföring icke endast ett krav på en *värdediskrepans* till nackdel för bolaget, utan också att värdeöverföringen genom diskrepansen i någon mening varit *avsedd*. Sålunda gäller, att om ett aktiebolag betalar ett överpris för en prestation, men det icke varit bolagsledningens avsikt att därmed åstadkomma en värdeöverföring, skall transaktionen värdediskrepansen till trots icke anses vara en värdeöverföring (vederlagsfri utbetalning). Det är härvid oklart om Lagförslagets godtrosregel implicerar ett krav på insikt om en sådan avsikt med överföringen. Lagförslagets ordalydelse ger ingen antydan härom. Av författningskommentaren (SOU 2001:1 s. 354) till 14:1 om begreppet värdeöverföring synes emellertid följa, att värdeöverföringsbegreppet innefattar en avsikt av berört slag. Transaktionen skall ha företagits av annat än "rent affärsmässiga skäl", dvs. i avsikt att gynna exempelvis en aktieägare eller dennes närstående eller när-

ståendebolag. Det får därmed antas, att godtrosregeln i fråga medför en skyldighet för bolaget att visa, att mottagaren av en överföring insett eller bort inse att transaktionen förestavats av sådana motiv.

2. Den andra avvikelsen rör det *subjektiva rekvisitet för bristtäckningsansvar.* Visserligen förutsätts för bristtäckningsansvaret i fråga om styrelseledamot, verkställande direktör och revisor i enlighet med gällande rätt uppsåt eller oaktsamhet samt för aktieägare uppsåt eller grov oaktsamhet. För annat ansvarssubjekt föreslås i Lagförslaget 14:6, 3 st., andra meningen, att istället för uppsåt eller vetskap enligt NJA 1997 s. 418 och NJA 1999 s. 426 att det är tillfyllest att *grov oaktsamhet* föreligger. Detta subjektiva rekvisit får anses föreslås bli generellt tillämpligt i samtliga fall av medverkan av annan än de i lagen direkt reglerade ansvarssubjekten, oavsett om medverkan utgörs av "samförstånd", mottagande av olagligt utdelade medel, *de facto*-ledning av bolaget, etc. (Möjligen kan beträffande det sistnämnda ansvarssubjektet bli fråga om analogitillämpning av det subjektiva rekvisitet för styrelseledamot, verkställande direktör, etc., nämligen uppsåt eller oaktsamhet.) Såtillvida synes Lagförslaget vara ändamålsenligt, även om full klarhet inte kan uppnås beträffande samtliga medverkansformer.
3. Förmodligen på grund av ett tryckfel har hänvisningen i Lagförslaget 14:6 till Lagförslaget 26:4 blivit felaktig. Med all säkerhet avser hänvisningen Lagförslaget 26:5 och möjligen 26:6. (Jfr SOU 1997:168 och den däri gjorda hänvisningen till ABL 15:4 och den stadgade jämkningsmöjligheten, se härom författningskommentaren SOU 1997:168 s. 104.) Hänvisningen i gällande rätt ABL 12:5, 2 st., till ABL 15:1–6 har emellertid utelämnats, utan att någon motsvarighet härtill föreslagits. Att detta inte skall tolkas som en ändring av gällande rätt framgår av författningskommentaren till stadgandet i fråga (SOU 1997:168 s. 104 f.). Även fortsatt skall enligt Lagförslaget gälla, att bristtäckningsansvaret är solidariskt, att jämkning kan komma i fråga, att ett fullgörande av bristtäckningsansvaret kan ge upphov till regressrätt mot dels den i första hand återbäringsansvarige (som inte har varit i god tro), dels övriga brist-

täckningsskyldiga, att preskriptionsbestämmelserna i ABL 15:13 icke är tillämpliga, utan att preskription inträder enligt allmänna bestämmelser, och att beviljad ansvarsfrihet inte påverkar bristtäckningsansvaret. Något motiv till att dessa förhållanden inte har kommit till ett klarare uttryck i den föreslagna lagbestämmelsens ordalydelse har inte lämnats i betänkandena i fråga (SOU 1997:168 och SOU 2001:1). Återigen förutsätts i alltför stor utsträckning, att lagtexten skall sammanläsas med lagförarbetena (såsom bl.a. varit fallet med gällande aktiebolagslag i förhållande till 1944 års lag och dess förarbeten).

10. Reformeringen av utlåningsförbuden i ABL 12:7

I *Lagförslaget* 18 kap. föreslås nya bestämmelser om utlåning, vilka i huvudsak är väl genomtänkta och ändamålsenliga. Det för gällande rätt grundläggande motivet för utlåningsförbuden (mer så för det generella än det särskilda utlåningsförbudet), nämligen att förhindra skattekringgående, har i princip övergivits till förmån för mera renodlade, aktiebolagsrättsligt grundade borgenärsskyddsbestämmelser. Lagförslaget innehåller också en rad förtydliganden och kompletteringar i sådana frågor, där nuvarande bestämmelser är oklara eller inkonsekventa. Att sedan vissa oklarheter kvarstår, är en följd av svårigheten att kasuistiskt reglera varje enskilt förhållande. Sammanfattningsvis innebär Lagförslaget följande.

1. Utlåningsförbuden skall *icke längre vara straffsanktionerade*. Istället skall sedvanliga rättsföljder av överträdelse av borgenärsskyddsreglerna gälla, dvs. ogiltighet, återbäringsansvar, etc. Till följd av att straffbestämmelserna utmönstras, kan den i den aktiebolagsrättsliga doktrinen hävdade legalitetsprincipen inom det straffrättsliga området inte längre anses vara tillämplig vid tolkningen och tillämpningen av utlåningsförbuden. En bieffekt härav är, att det på grund av Lagförslaget saknas skäl att tolka de föreslagna bestämmelserna restriktivt, dvs. att en viss, försiktig *analo-*

gitillämpning fortsättningsvis skall vara *möjlig*. Däremot skall begreppet penninglån inte omfatta sedvanliga krediter, förskott på lön eller reseförskott och liknande som lämnats på normala villkor (se SOU 1997:168 s. 106).

2. På samma sätt som enligt gällande rätt skall bestämmelserna vara tillämpliga på såväl utlåning som ställandet av säkerhet. Som en konsekvens av att en restriktiv tolkning och tillämpning enligt punkt 1 ovan icke längre är befogad, kan bestämmelserna bli tillämpliga även på *andra försträckningsformer än "penninglån"*, t.ex. utlåning av annan generisk egendom. (Detta är i och för sig inte uteslutet enligt gällande rätt.)
3. Enligt Lagförslaget skall även fortsatt gälla ett generellt och ett särskilt utlåningsförbud, varvid det förra förbudet träffar samtliga lån eller säkerheter till en viss förbjuden krets, och det senare förbudet lån i visst syfte (förvärvslån), eller säkerhet i samma syfte, oavsett vem som är låntagare eller (slutlig) förmånstagare av säkerheten. Det *generella utlåningsförbudet inskränks* emellertid avsevärt såtillvida, att det endast skall gälla sådana lån eller säkerheter som innebär ett intrång i det utlånande bolagets bundna egna kapital. Utlåning eller ställande av säkerhet *motsvarande det fria egna kapitalet* skall således vara möjlig, oaktat att utlåningen eller säkerheten gäller till förmån för någon i den s.k. förbjudna kretsen. *Försiktighetsprincipen* skall emellertid alltid tillämpas. Vid beräkningen av bolagets bundna egna kapital skall de fordringar eller regressfordringar (latenta eller realiserade) som uppkommer på grund av utlåning eller ställande av säkerhet inte åsättas ett värde i balansräkningssammanhang. Utgångspunkten vid beräkningen skall vara den senast fastställda balansräkningen (för det senaste räkenskapsåret). Regeln, att sådana fordringar skall upptas till noll värde, gäller generellt och helt oavsett gäldenärens eller förmånstagarens betalningsförmåga. En annan sak är sedan att utlåning och ställande av säkerhet till förmån för någon som saknar betalningsförmåga kan betraktas som en vederlagsfri utbetalning eller värdeöverföring och vara jämförbar med en utdelning, som under vissa

ytterligare förutsättningar, nämligen att utdelningsbegränsningarna i ABL 12:2 överskrids, kan vara lagstridiga.

4. I Lagförslaget 18:1 har *den förbjudna kretsen begränsats – men också utvidgats – något*. Inom kretsen återfinns aktieägare, styrelseledamöter, verkställande direktörer, suppleanter och vice verkställande direktörer, i det utlånande eller säkerhetsställande bolaget eller i annat bolag i samma koncern (med en tillämpning av koncerndefinitionen). Vidare upptas i den förbjudna kretsen make eller sambo och juridisk person över vilken någon av de nu nämna personerna *ensam eller tillsammans* med någon av de nämnda personerna inom kretsen har ett bestämmande inflytande. Med hänsyn till att kravet på restriktivitet i tillämpning och tolkning har fallit bort med legalitetsprincipen, kan genom en försiktig analog tillämpning av bestämmelsen om den förbjudna kretsen även andra personer komma att omfattas, t.ex. sådana som utövar en *de facto*-ledning av bolaget.

   Den lagtekniska utformningen av den förbjudna kretsen väcker emellertid betänkligheter. Såsom tillhörande den förbjudna kretsen räknas t.ex. make eller sambo till "gäldenären" och omyndigt barn som står under "gäldenärens" vårdnad. Härvid synes förutsättas, att utlåningen skett till *annan* än den lagreglerade personkretsen, dvs. till "gäldenären". Den principiella utgångspunkten måste därvid vara, att make, sambo och omyndigt barn i själva verket utgör bulvaner och att i realiteten utlåningen skett till "gäldenären". Men det kan knappast ha varit avsikten att reglera bulvanförhållanden i bestämmelsen, särskilt som bulvankretsen är vida större än närståendekretsen eller den förbjudna kretsen.

   Vad som möjligen kan ha varit avsett, är att utlåning icke kan ske till make, sambo eller omyndigt barn till aktieägare, styrelseledamot, verkställande direktör, etc. Bestämmelsen borde således ha utformats så, att istället för "gäldenären" angivits "ovan angivna personkrets", dvs. make eller sambo till ovan angiven personkrets, innefattande aktieägare, styrelseledamöter, verkställande direktör i bolaget eller i annat bolag i samma koncern.

En ytterligare svårighet uppkommer med definitionen av närståendebolag. Med sådana avses i Lagförslaget "juridisk person över vilken någon som avses i 1 eller 2, ensam eller tillsammans med någon annan som avses där, har ett bestämmande inflytande över". Hänvisningen till "1 eller 2" kan emellertid såsom lagtexten utformats endast avse make, sambo eller omyndigt barn. Detsamma gäller hänvisningen till "någon annan som avses där". Definitionen av närståendebolag har på så sätt kommit att inskränkas till juridiska personer över vilka make eller sambo till "gäldenären" eller omyndigt barn som står under "gäldenärens" vårdnad, vilka ensamma eller tillsammans med sådan make eller sambo eller omyndigt barn har ett bestämmande inflytande. Även om Aktiebolagskommitténs syfte med bestämmelsen varit ett annat, framgår detta inte med tillräcklig tydlighet av bestämmelsens ordalydelse. Enklare hade det varit att istället för hänvisningen till "1 eller 2" hänvisa till vad som ovan föreskrivits, så att med närståendebolag avses "juridisk person över vilken någon som avses ovan ensam eller tillsammans med någon annan som där avses har ett bestämmande inflytande".

5. I ett avseende har *den förbjudna kretsen utvidgats*: Definitionen av närståendebolag omfattar enligt gällande rätt endast sådana bolag som *någon* i den förbjudna kretsen *ensam* har bestämmande inflytande över. I Lagförslaget 18:1 omfattas varje närståendebolag som någon i kretsen *ensam eller tillsammans* med annan har ett sådant inflytande. Därmed kommer Lagförslaget att korrespondera med motsvarande bestämmelser i insiderlagstiftningen och i den s.k. Leolagen (1987:464, 4 §, p. 6).
6. *Undantagen till det generella utlåningsförbudet* föreslås i princip vara desamma som tidigare i Lagförslaget 18:2. Vissa förtydliganden har dock gjorts. Så t.ex. likställs med "koncern" sådan *företagsgrupp* av motsvarande slag i vilket moderföretaget är antingen en svensk juridisk person som är bokföringsskyldig enligt bokföringslagen, eller en motsvarande utländsk juridisk person med hemvist inom EES-området. Härmed utsträcks koncernundantaget till att omfatta t.ex. svenska ekonomiska föreningar, ideella föreningar, stiftelser, handelsbolag, etc. men också utländska juridiska

personer inom EES-området. I sistnämnda hänseende innebär Lagförslaget en anpassning av undantagets ordalydelse till vad som redan är gällande rätt och vad som följer av det EU-rättsliga diskrimineringsförbudet. Såvitt avser undantaget för s.k. *kommersiella lån* har endast ett förtydligande skett, vilket närmast framgår av författningskommentaren (SOU 1997:168 s. 106), nämligen att lånet eller säkerheten skall vara affärsmässigt betingat för det långivande eller säkerhetsställande bolaget. Förtydligandet är självfallet välkommet, men alldeles otillräckligt. I den aktiebolagsrättsliga doktrinen har undantaget om kommersiella lån kritiserats för dess otydlighet (se t.ex. Nerep s. 313 ff. och Lindskog s. 167 ff.). Det kan t.o.m. göras gällande att begreppet "affärsmässighet" är så vagt att det torde kunna motivera en slutsats om s.k. ursäktlig rättsvillfarelse. Lagförslaget innehåller ingenting i förtydligande syfte och får därmed betecknas som undermåligt på denna punkt. I det ekonomiska livet tillhör frågan om omfattningen av undantaget för kommersiella lån och tolkningen av rekvisitet "affärsmässigt betingat" en av de vanligast förekommande. Aktiebolagskommittén bekymrar sig emellertid föga därom. Grund för ursäktlig rättsvillfarelse kvarstår.

7. De i gällande rätt rådande tolkningssvårigheterna beträffande *det särskilda utlåningsförbudet (förvärvslåneförbudet)* reduceras ej heller nämnvärt av vad som föreslås i 18:4. En inkonsekvens i gällande rätt har emellertid eliminerats. Förvärvslåneförbudet föreslås avskaffas såvitt gäller förvärv av aktier i det utlånande bolagets dotterbolag. Enligt Lagförslaget skall förbudet endast gälla förvärv av aktier i bolaget självt eller i "överordnat bolag" i samma koncern. Enligt Lagförslaget skall det följaktligen vara möjligt för ett moderbolag att på kredit sälja aktierna i ett dotterbolag till ett *annat dotterbolag* eller till *utomstående*. Däremot skall det på samma sätt som enligt gällande rätt inte vara möjligt för ett dotterbolag att lämna lån eller ställa säkerhet för ett förvärv av aktier i bolaget självt, moderbolag eller annat överordnat bolag, oavsett om lånet lämnas eller säkerheten ställs till förmån för koncernbolag eller extern part.

Det mest komplicerade vid tillämpningen av förbudet har varit att precisera förbudets räckvidd. Enligt gällande rätt (liksom enligt Lagförslaget) *förbjuds lån som lämnas "i syfte" att* gäldenären eller närstående till denne skall förvärva aktier i bolaget eller i koncernbolag. Vad som skall gälla beträffande *lån som lämnas efter förvärvstidpunkten*, och hur förvärvstidpunkten skall fastställas, är emellertid oklart. Aktiebolagskommittén har icke gjort någon ansats att komma till större klarhet i denna rättsfråga. Problematiken har överlämnats till aktiebolagsrättsliga doktrinen och rättstillämpningen (se härom bl.a. Lindskog s. 170 ff. och 172 ff. samt Nerep s. 323 ff.).

Enligt ordalydelsen i Lagförslaget 18:4 skall således även fortsatt gälla, att endast lån som lämnas *i syfte* att gäldenären eller en honom närstående fysisk eller juridisk person *skall* förvärva aktier i bolaget skall vara förbjudna. Lån som lämnas efter förvärvet skall inte träffas av förbudet, förutsatt att de inte täcks av det generella utlåningsförbudet; har emellertid genom förvärvet uppstått en koncern, blir koncernundantaget tillämpligt. Trots ordalydelsen kommer emellertid även fortsatt lån som lämnas i mycket nära anslutning till förvärvet (s.k. minuten- eller sekundenlån), lån som genom skilda åtgärder säkrats före förvärvet, genom t.ex. säkerställanden, spärrande av konto, etc. eller lån på grund av att gäldenären redan före förvärvet tar kontroll över det förvärvade bolagets tillgångar, etc., omfattas av förbudet. (Se härom t.ex. Lindskog s. 173 ff., och Nerep s. 343 ff.) Enligt Lagförslaget får "förskott" icke "ges", varmed menas att bolaget "inte på något sätt" får ställa medel till förfogande för det åsyftade förvärvet (se SOU 1997:22 s. 400). Om följaktligen Lagförslagets huvudprincip är densamma som tidigare, skall även framdeles gälla att vissa lån som lämnas efter förvärvet skall vara förbjudna. Härvid får förbudets tilllämpning vila på en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Den övergripande frågan blir som enligt gällande rätt givetvis, om det lån som lämnats *syftat* till ett slutligt genomförande av förvärvet. Det skall vara fråga om ett så starkt kausalsamband mellan förvärvet och det efterföljande lånet, att lånet varit en *nödvändig förut-*

sättning för förvärvets genomförande, dvs. om det efterföljande lånet inte kommit till stånd, skulle förvärvet inte ha kunnat genomföras. (För en mer konkret tilllämpning av denna *övergripande* frågeformulering se Nerep s. 345 ff. och Lindskog s. 173.)

För det fall det efterföljande lånet lämnas i nära anslutning till förvärvet till förvärvaren som saknat egen, självständig finansieringsförmåga och således för finansieringen av sitt förvärv varit helt beroende av det förvärvade bolaget, skall också framdeles gälla, att sådana efterföljande lån är förbjudna trots bestämmelsens klara ordalydelse. I de fall emellertid det förvärvande bolaget har en egen finansieringsförmåga och kort tid efter förvärvet väljer att uppta lån från det förvärvade bolaget för att reglera externa lån som är dyrare än det koncerninterna lånet, kan förbudet knappast bli tillämpligt. I såväl den aktiebolagsrättsliga doktrinen som i föreliggande, om än knapphändig rättspraxis har i gällande rätt avvikelsen från förbudsbestämmelsens ordalydelse varit försiktig och begränsad till de mera *uppenbara* kringgåendefallen.

Med Lagförslagets avskaffande av straffbestämmelserna faller emellertid legalitetsprincipens krav på restriktiv tillämpning. Härigenom lämnas fältet fritt för åtminstone en försiktig *analogivis tillämpning* av förbudsbestämmelsen, och det kan förväntas, att bestämmelsens tillämpningsområde vidgas icke obetydligt utöver lagens bokstav. De fallen där förvärvet skett medelst självständig finansieringförmåga och det efterföljande lånet från det förvärvade bolaget upptagits för att reglera externa lån torde dock icke ens med en analog tillämpning av förvärvslåneförbudet anses vara förbjudna, ej heller om det koncerninterna lånet upptagits kort tid efter förvärvet. Däremot synes efterföljande lån till förvärvare som saknat självständig finansieringsförmåga i större utsträckning än enligt gällande rätt kunna omfattas av bestämmelsen. På grund av straffbestämmelsernas avskaffande får bestämmelsens ändamål en större betydelse än dess ordalydelse.

IX. Tvångslikvidation på grund av aktiebolags kapitalbrist

1. Allmänt, bl.a. om bestämmelsernas ändamål

Regleringen av likvidation av ett aktiebolag återfinns i ABL 13 kap. Likvidationsreglerna har nyligen varit föremål för en omfattande omdisposition och ändringar, vilka trädde ikraft den 1 januari 2002. I Lagförslaget återfinns bestämmelserna i 22 kap. med sakligt sett samma innehåll. Avsnittet om likvidation i ABL behandlar dels frivillig likvidation och tvångslikvidation, dels handläggningen av likvidationsfrågor, dels förordnandet och entledigandet av likvidatorer, dels slutligen genomförandet av likvidation. I det följande skall behandlas vissa aspekter av tvångslikvidationen, särskilt sådana som grundas på kapitalbrist och förutsättningarna för bolagsföreträdarnas ansvar härvid. Först ges dock några allmänna hållpunkter.

Ett beslut om likvidation tillhör bolagsstämmans *exklusiva* kompetensområde. Ett sådant beslut kan ej delegeras till styrelse eller annan. Beslut på bolagsstämman kan fattas med *enkel* majoritet (vid lika röstetal gäller beslutet, om detta biträds av ordföranden). Bestämmelsen om enkel majoritet är tvingande vid tvångslikvidation på grund av PRV:s beslut, bestämmelse i bolagsordning och vid kapitalbrist. I andra fall av likvidation är bestämmelsen dispositiv såtillvida att annat kan föreskrivas i bolagsordningen. Såsom den dispositiva delen av bestämmelsen är utformad, kan bolagsordningen föreskriva, att likvidation kan beslutas av såväl en minoritet som en kvalificerad majoritet; bolagsordningen

kan i sådana fall t.o.m. förutsätta enhällighet (jfr Lindskog, Aktiebolagslagen, 12 och 13 kap. Kapitalskydd och likvidation, 2 uppl. s. 198). Ett enhällighetskrav synes emellertid vara i högsta grad opraktiskt (i synnerhet om en ändring av en sådan föreskrift i bolagsordningen också får antas förutsätta enhällighet). Om upphörande av likvidation stadgas i ABL 13:44 i de fall bolagsstämman beslutat om likvidation, eller när kapitalbrist enligt ABL 13:16 åtgärdats (också vid överskottskonkurs enligt ABL 13:50), att bolagsstämman efter inhämtande av ett yttrande av bolagets revisor kan besluta, att likvidation skall upphöra och bolagets verksamhet återupptas. Ett beslut om upphörande får dock inte fattas, om det finns grund för tvångslikvidation enligt ABL 13:10–11 (PRV:s beslut eller bestämmelse i bolagsordningen), om kapitalbristen inte åtgärdats eller utskiftning redan ägt rum. I de fall bolagsstämman utan hinder kan fatta beslut om likvidationens upphörande, gäller ett krav på enkel majoritet, oavsett att bolagsordningen föreskriver kvalificerad majoritet (jfr Lindskog *op. cit.* s. 362).

Beslut om tvångslikvidation kan fattas av registreringsmyndigheten (PRV) i vissa fall och rätten i andra. I ABL 13:10 stadgas grunderna för beslut om tvångslikvidation fattat av PRV. Bland dessa grunder återfinns, att bolaget inte till PRV anmält behörig styrelse, verkställande direktör, särskild delgivningsmottagare eller revisor, att bolaget inte inkommit med årsredovisningshandlingar, eller i förekommande fall koncernredovisningshandlingar, eller att bolagets registrerade aktiekapital av olika skäl underskrider stadgat minimikapital. Rätten (dvs. tingsrätten) kan vidare besluta om likvidation på grund av bestämmelse i bolagsordningen, kapitalbrist, majoritetsmissbruk, eller i anslutning till konkurs vid överskott, m.m.

I aktiebolagsrätten har funnits bestämmelser om likvidationstvång vid s.k. kapitalbrist i olika konstruktioner alltsedan 1895. (Om utvecklingen efter 1895 års aktiebolagslag, se bl.a. Danielsson, Aktiekapitalet s. 48 ff.) Bestämmelsernas huvudsyfte har varit, och är fortsatt, att skydda bolagsborgenärerna. Sekundärt skyddas också bolagets ägare, såsom oftast är fallet med de tvingande borgenärsskyddsreglerna. Så t.ex. brukar i förarbetena framhållas aktieägarnas intresse av att i tid bli varskodda om bolagets situation, så att de ges tillfälle att överväga vilka

åtgärder som kan och bör vidtas (jfr prop. 1975:103 s. 501 och 2000/01: 150 s. 35). Av det skälet har bestämmelsen om att en kontrollbalansräkning skall behandlas på en bolagsstämma utvecklats. En viss *skillnad i skyddsintresset* tycks emellertid föreligga mellan de vid kapitalbristens uppkomst *befintliga* bolagsborgenärerna och bolagets *potentiella* borgenärer. Eftersom tvångsmedlet för att skydda borgenärerna är en avveckling av bolaget genom likvidation, som i ABL ytterst sanktioneras genom ett bolagsföreträdarnas ansvar för *framtida* förpliktelser – och således icke direkt befintliga förpliktelser – har lagstiftaren avsett att skapa främst ett handlingsdirigerande *preventivt* system: Systemets tyngdpunkt är skyddet av nya, tillkommande borgenärer, som skall ges tillfälle att undvika att bli – eller engagera sig ytterligare som – bolagsborgenärer. De befintliga bolagsborgenärerna får nöja sig med att avveckling kan komma att ske inom de stadgade tidsramarna, alternativt fästa förhoppningar vid ett ägartillskott. Lindskog skiljer mellan vad han betecknar som "*avvecklingsintresset*" och "*varningsintresset*", som tjänar befintliga respektive tillkommande bolagsborgenärer. Härutöver nämner Lindskog aktieägarnas intresse av ett rådrum för att kunna vidta lämpliga åtgärder, det s.k. "*rådrumsintresset*". De aktuella bestämmelserna synes enligt Lindskog främst vara motiverade av *varningsintresset* (se Lindskog s. 209 f.).

I lagförarbetena har inte ändamålen varit tydligt fixerade (se t.ex. SOU 1941:9 s. 567 f., SOU 1971:15 s. 326 ff., prop. 1975:103 s. 500 ff., prop. 1982/1983:94 s. 54 och 108 samt SOU 1987:59 s. 144 f.): I förarbetena till 1944 års ABL angavs helt kort syftet vara att "befordra sundhet inom aktiebolagsväsendet" (se SOU 1941:9 s. 567). Danielsson, som utvärderat kapitalbristbestämmelserna i tidigare aktiebolagslagar inklusive 1944 års lag, gör i resultatet ingen skillnad mellan olika borgenärsgrupper; hans undersökning av *ratio legis* leder till slutsatsen, att det "saknas ledning i ett klart tillkännagivet syfte" (se Danielsson, Aktiekapitalet s. 51 f.), mer än att likvidationsskyldigheten tänkts tjäna borgenärerna till skydd, med tillägget, att någon analys av regelns sannolika effekt för borgenärernas del icke synes ha företagits. Med en viss resignation avslutar Danielsson sin undersökning med antagandet, att "reglernas egentliga grund" måhända till sist blir en "allmän föreställ-

ning om att det är förkastligt och bör hindras, att ett aktiebolag fortsätter rörelsen, sedan aktiekapitalet förlorats".

Denna allmänna inställning synes ha kvarstått i 1971 års förslag till ABL (se SOU 1971:15 s. 324 f. och 326 ff.). I prop. 1975:103 s. 217 upprepas under rubriken "Skyddet för det bundna kapitalet", att som ett led i detta skydd ett aktiebolag inte skall kunna "fortsätta sin verksamhet, om aktiekapitalet helt eller till en väsentlig del har gått förlorat".

Uttryckssättet "aktiekapitalet har gått förlorat" är visserligen redovisningstekniskt vilseledande, men avser självfallet att vara en fullt begriplig förenkling av det förhållandet att aktiekapitalet – som en fast passivpost, som endast påverkas av registrerade nedsättningar eller aktiekapitalökningar – inte har täckning i bolagets förmögenhetsnetto (tillgångar minus skulder). I senare års litteratur och lagförarbeten har språkbruket undvikits till förmån för uttryckssättet "täckning för aktiekapitalet". I stället för att tala om att aktiekapitalet förlorats till mer än hälften, uttrycks saken numera så att *täckningen* för aktiekapitalet nedgått till mindre än hälften, dvs. förmögenhetsnettot täcker mindre än hälften av det registrerade aktiekapitalet, eller m.a.o. att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet.

Förarbetena till 2001 års ändringar av likvidationsbestämmelserna (SOU 1999:36 s. 90 ff.) utgör såvitt gäller fastställandet av *ratio legis* ett eko av tidigare lagförarbeten. Bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist är ett led i kapitalskyddet, dvs. primärt skyddet av bolagets borgenärer. Kapitalskyddet är i sin tur en reflex av en av aktiebolagsrättens portalprinciper, nämligen att aktieägarna inte personligen ansvarar för bolagets skulder. Vid sidan av tillskottsplikten och utbetalningsförbudet utgör bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist kapitalskyddets kärna. Tillskottsplikten avser att tillförsäkra, att aktiekapitalet inbetalas vid bolagsbildningen eller senare kapitalökningar; utbetalningsförbudets funktion är att förhindra vederlagsfria utbetalningar, s. k. värdeöverföringar, som inte är förenliga med bestämmelserna om nedsättning, förvärv av aktiebolags egna aktier, likvidation eller vinstutdelning. Bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist avser att skydda borgenärerna mot att aktiekapitalets täckningsnivå minskar i alltför stor utsträckning på

grund av förluster. Bestämmelserna sätter en gräns för hur långt den förlustbringande verksamheten får fortsätta, innan den i bolagsborgenärernas intresse måste avbrytas genom likvidation. Dessa bestämmelser är enligt förarbetena en logisk konsekvens av tillskottsplikten och utbetalningsförbudet: "Bestämmelserna om minimikapitalet skulle blir i det närmaste meningslösa om det vore fritt att låta täckningen för aktiekapitalet sjunka hur lågt som helst" (*op. cit.*). Härtill kommer att Sverige av tvingande EU-rättsliga skäl (EU:s andra bolagsdirektiv art. 17) måste föreskriva en täckningskontroll för publika bolag. I propositionen till lagändringarna (2000/01:150 s. 35) betonas återigen, att syftet med bestämmelserna är att tillse, att de behöriga bolagsorganen antingen inleder en ordnad avveckling av bolaget eller vidtar åtgärder för att stärka bolagets ekonomiska ställning. Ändamålet härmed uppges vara, att skydda bolagets borgenärer mot att bolagets hela kapital konsumeras, innan avvecklingen av bolaget inleds (se prop. 2000/01:150 s. 35 och prop. 1982/83:94 s. 54). Det betalningsansvar som åvilar styrelsen och andra har samtidigt ett handlingsdirigerande syfte.

Återigen träder i dessa förarbeten, i likhet med tidigare lagförarbeten, avvecklingsintresset, dvs. skyddet av bolagets befintliga borgenärer, i förgrunden. Genom att skydda bolagets bundna kapital och de befintliga bolagsborgenärerna värnas emellertid även potentiella borgenärer. Såtillvida går knappast en klart skiljelinje mellan avvecklings- och varningsintresset (intresset av att skydda tillkommande borgenärer); intressena sammanfaller i ett gemensamt borgenärsskyddsintresse, vari emellertid tyngdpunkten kan fördelas olika. Mot bakgrund av att de för tvångslikvidation specifikt utformade sanktionsbestämmelserna om solidariskt betalningsansvar avser s.k. *nya*, uppkommande förpliktelser, framstår det dock som märkligt att inte i något sammanhang i lagförarbetena eller litteraturen (med undantag av Lindskog) har diskuterats möjligheten, att vidlåda skyddet för *tillkommande* bolagsborgenärer (varningsintresset) starkare emfas. Denna fråga skall utvecklas nedan.

Hänvisningen till ABL:s principer om skyddet för det bundna kapitalet, inklusive bestämmelserna om tvångslikvidation, såsom ett surrogat för det personliga betalningsansvaret, synes, såsom Lindskog mycket riktigt påpekar, endast kunna motivera ett personligt och solidariskt

ansvar för bolagets *ägare*, men inte dess ställföreträdare. Å andra sidan förefaller principen om kapitalskyddet genomgående och traditionellt sanktioneras av ett ansvar för de företrädare som aktieägarna utsett (se t.ex. ABL 12:5, 2 st. och 15:1). Det förhållandet att likvidationsbestämmelsernas specifika sanktionssystem primärt tillvaratar potentiella eller tillkommande bolagsborgenärers intresse, hindrar vidare icke, att skyddet av de befintliga bolagsborgenärerna är sanktionerat: För det första skyddas de befintliga bolagsborgenärerna indirekt genom det specifika sanktionssystemet, och många av dessa borgenärer är också potentiella, nya borgenärer. För det andra skyddas de befintliga bolagsborgenärerna genom det allmänna sanktionssystemet i ABL 15:1. Det specifika sanktionssystemet i likvidationsbestämmelserna utesluter således inte en tillämpning av den allmänna skadeståndssanktionen, som utlöses vid överträdelse av aktiebolagslagen och näraliggande lagstiftning (se ABL 15:1, andra meningen). Såsom påtalats i SOU 1971:15 s. 328, är den allmänna skadeståndssanktionen emellertid generellt sett mindre effektiv, eftersom det ofta kan vara svårt att visa kausalsambandet mellan borgenärsskadan och underlåtenheten att vidta åtgärder enligt likvidationsbestämmelserna. Härvid antogs att domstolarna med hänsyn till reglernas syfte att skydda borgenärerna ej skulle ställa alltför stora krav på bevisningen om kausalsambandet.

2. Allmänt om tvångslikvidationens (vid kapitalbrist) innebörd

Bestämmelserna i ABL om tvångslikvidation vid kapitalbrist (ABL 13:12–19) innehåller en rad skyldigheter för styrelsen, aktieägare och andra, vilka skyldigheter i första hand sanktioneras av personligt och solidariskt betalningsansvar. Dessa skyldigheter utlöses enligt ABL 13:12 när det 1) finns *skäl att antaga*, att bolagets eget kapital beräknat enligt ABL 13:13 understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, eller 2) vid verkställighet enligt 4 kap. utsökningsbalken visats, att bolaget *saknar utmätningsbara tillgångar* (resultatlöst utmätningsförsök).

2. Allmänt om tvångslikvidationens (vid kapitalbrist) innebörd

På *endera* grund skall följande iakttas.

1. En kontrollbalansräkning skall upprättas enligt ABL 13:13. Kontrollbalansräkningen skall upprättas "*genast*". Den skall granskas av bolagets revisor och undertecknas av styrelsen. Denna, första kontrollbalansräkning har ansetts utgöra ett *exklusivt bevismedel* för bevisningen om att kapitalbristen täckts (jfr RH 1996:114).
2. Om kontrollbalansräkningen – efter granskning av revisor – visar, att bolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, skall styrelsen *snarast möjligt* kalla till bolagsstämma enligt ABL 13:14. På denna bolagsstämma, *den första kontrollstämman,* skall kontrollbalansräkningen och ett yttrande av revisorn över denna framläggas. Av kallelsen till denna första kontrollstämma skall framgå det huvudsakliga innehållet i förslaget till beslut om likvidation enligt ABL 13:2. Till förslaget skall fogas årsredovisningshandlingar eller motsvarande handlingar enligt ABL 13:3. Förslaget till beslut om likvidation skall enligt ABL 13:5 tillsammans med nämnda handlingar hållas tillgängligt för aktieägarna under minst två veckor före den bolagsstämma vid vilken frågan om likvidation skall prövas. Handlingarna skall läggas fram på stämman. Av särskild vikt i förevarande sammanhang är att förslaget till beslut om likvidation skall ange skälen för att bolaget skall träda i likvidation och vilka alternativ till likvidation som finns. Av ABL 13:15 framgår, att ett alternativ till omedelbar likvidation är att utnyttja den s.k. *rådrumsfristen* om åtta månader.
3. För det fall bolagsstämman beslutar att utnyttja rådrumsfristen om åtta månader räknat från dagen för den första kontrollstämman, skall stämman på nytt pröva frågan om bolaget skall gå i likvidation, den *andra kontrollstämman.* Härvid skall såvitt gäller kallelsens utformning, beslutsunderlag, m.m., återigen bestämmelserna i ABL 13:2–5 tilllämpas. Inför den andra kontrollstämman skall styrelsen upprätta en *ny kontrollbalansräkning – den andra kontrollbalansräkningen* – enligt ABL 13:13, vilken också skall granskas av bolagets revisor och tillsammans med ett yttrande av revisorn framläggas på stämman.

På ansökan av styrelsen, styrelseledamot, den verkställande direktören, revisor eller en aktieägare skall rätten pröva om bolaget skall träda i likvidation. Ansökan skall inges inom två veckor från den andra kontrollstämman eller, om en sådan inte har hållits, från den tidpunkt då den senast skulle (borde) ha hållits. Rätten har att besluta om likvidation, om en andra kontrollstämma inte hållits inom rådrumsfristen eller, om sådan kontrollstämma hållits, den kontrollbalansräkning som lagts fram vid stämman inte granskats av bolagets revisor eller inte utvisar att det egna kapitalet vid tidpunkten för stämman uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet, förutsatt att stämman inte beslutat att bolaget skall gå i likvidation.

3. Utlösningsmekanismerna: Skäl att antaga kapitalbrist och resultatlöst utmätningsförsök

Av de två utlösningsmekanismerna synes den resultatlösa utmätningen vara enklast att konstatera. I regel torde en kronofogdens utmätning, vid vilken det visar sig att bolaget saknar utmätningsbara tillgångar, föranleda slutsatsen, att bolagets kapitalbrist är i det närmaste total. Det bör emellertid betonas, att med det resultatlösa utmätningsförsöket avses *såväl* den situation då en utmätningsförrättning faktiskt har ägt rum, men har misslyckats, på grund av att det saknats utmätningsbara tillgångar, *som* den situationen, då någon förrättning alls icke har skett, men det ändå har konstaterats, att bolaget saknar utmätningsbara tillgångar (se prop. 1990/91:198 s. 16 och prop. 2000/01:150 s. 91). Vidare skall understrykas, att den aktivitetsplikt som utlöses på grund av ett resultatlöst utmätningsförsök *icke förutsätter* någon faktisk kapitalbrist i det ifrågavarande bolaget: Det personliga betalningsansvaret inträder följaktligen *oberoende av* om det har förelegat en faktisk kapitalbrist (se prop. 2000/01:150 s. 51).

Den bolagets skuld som givit upphov till förrättningen motsvaras inte av en utmätningsbar tillgång, varför en misslyckad utmätning ofta också indikerar, att styrelsen försummat att "genast" upprätta en kontrollba-

lansräkning, sedan det funnit skäl att antaga en kapitalbrist enligt ABL 13:13. Undantagsvis kan emellertid förekomma, att bolaget har tillgångar som av olika skäl inte kunnat utmätas; tillgångarna har t.ex. icke varit synliga eller icke varit utmätningsbara. Förrättningsmannens bedömning, att bolaget saknar utmätningsbara tillgångar, kan således – om än måhända mera undantagsvis – vara felaktig. För en styrelse, som förutsätts känna till bolagets tillgångar och skulder, kan en sådan felaktig bedömning förefalla onödigtvis utlösa skyldigheten att upprätta en kontrollbalansräkning, om styrelsen känner sig förvissad om att kapitalbrist icke föreligger och att detta sedermera *faktiskt* visar sig vara fallet, för den händelse frågan skulle uppkomma (samt att förrättningsmannens bedömning således varit felaktig). Den *aktivitetsplikt* som utlöses av ett resultatlöst utmätningsförsök, och som således är *oberoende av faktisk kapitalbrist*, får därför antas omfatta endast *det första ledet* i den rad av åtgärder som bestämmelserna om tvångslikvidation vid kapitalbrist förutsätter, nämligen intill dess att den första kontrollbalansräkningen upprättats, om denna kontrollbalansräkning utvisar, att faktiskt kapitalbrist inte föreligger.

Det sagda har kommit till uttryck i ABL 13.17, 4 st. första meningen: Styrelsens skyldighet att i enlighet med ABL 13:12 upprätta och låta bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning enligt ABL 13:13 gäller vid resultatlöst utmätningsförsök helt oaktat att bolaget, som det sedermera visar sig, aldrig lidit av faktiskt kapitalbrist. Innebörden härav är också att det personliga betalningsansvaret enligt ABL 13:17 inte undanröjs på grund av att en "hypotetisk" kontrollbalansräkning upprättats, trots att denna senare visar sig vara befogad. Inte ens om det skulle vara uppenbart att bolaget har dolda övervärden av det slag som får beaktas enligt ABL 13:13, så att det klart framgår att bolaget icke lider av faktisk kapitalbrist, reduceras skyldigheten att upprätta den första kontrollbalansräkningen.

Mera komplicerad är frågan, när "det finns skäl att antaga", att bolaget har en kapitalbrist enligt beräkningen i ABL 13:13. Förhållandet utlöser en skyldighet för styrelsen att "genast" upprätta och låta bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning. Vid tvist om personligt betalningsansvar enligt ABL 13:17 skall frågan bedömas retrospektivt mot

bakgrund av omständigheter som ofta påstås ha förelegat flera år tidigare. Allt som oftast framkallas en sådan process av en bolagets konkurs. Rekvisitet "skäl att antaga" är av *objektiv* natur. Det som skall bedömas är vad en normalt aktsam styrelseledamot (eller annan) skulle ha dragit för slutsatser av den information han eller hon erhållit om bolagets utveckling. Det förutsätts härvid att styrelseledamoten aktivt medverkar i mottagandet av informationen, främst i form av rapporter från bolagets verkställande ledning (jfr NJA 1988 s. 620, prop. 1979/80:143 s. 186 och RH 1994:17). I objektiviseringen av rekvisitet ligger också en skyldighet att hålla sig underrättad, när informationsflödet avtar. Det är uppenbart, att vid en objektiv bedömning *rapporteringen* om bolagets utveckling *förutsätts fungera*. Betalningsansvar kan därför utlösas vid bristande rapporteringsrutiner. På samma sätt som vid uttolkningen av ett sedvanligt ondtrosrekvisit, skall frågan ställas, om det för styrelseledamoten av en normal rapportering *borde* ha framgått sådana skäl att antaga, att bolaget led av kapitalbrist. Till sådana utlösande faktorer hör givetvis allt som signalerar en negativ ekonomiskt utveckling för bolaget, bl.a. ökande förluster, även oväntade sådana, minskade intäkter, ändrade marknadsförutsättningar, vikande kundunderlag, ned- eller avskrivningsbehov i vad avser tillgångar, goodwill, aktiverade kostnader (jfr RH 1989:43) t.ex. på grund av osäkra kundfordringar, en mera varaktig nedgång på fastighetsmarknaden, etc., eller en mer eller mindre väsentlig ökning av kostnader (jfr RH 1994:18).

Bedömningsunderlaget utgörs emellertid inte endast av vad som bör framgå av rapporteringen, utan också andra relevanta omständigheter som en normalt aktsam styrelseledamot bör ha kunskap om. Det kan härvid röra sig om sådant som framgår av nyhetsflödet, t.ex. naturkatastrofer, terrordåd, olyckor, konkurser och annat som kan påverka bolagets ekonomiska ställning. Prövningen av frågan, huruvida den enskilde styrelseledamoten haft "skäl att antaga", är visserligen individuellt grundad, men är objektiv i den meningen att vad den enskilde ledamoten *faktiskt* har känt till (haft förmåga att känna till) på grund av kompetens, tillgänglighet, tid och andra resurser, icke skall tillmätas någon signifikans; det är vad den normalt aktsamme ledamoten *borde ha känt till* som är avgörande. Däremot är det tänkbart att om t.ex. en styrelse-

ledamot kan överbevisas om att faktiskt ha känt till bolagets försämrade utveckling i vissa hänseenden, en sådan faktisk kunskap kan ge till resultat att rekvisitet "skäl att antaga" är uppfyllt.

En annan sak är sedan att ledamoten genom *exculpering* kan befria sig från ansvar med hänvisning till personliga och individuella omständigheter (till denna fråga återkommer framställningen nedan). Omvänt gäller också att sådan information som en styrelseledamot faktiskt utrustats med vid en objektiv bedömning ofta icke kan ge skäl till antagande om kapitalbrist, t.ex. på grund av att ledamoten saknat möjligheten att få informationen bekräftad, att informationen saknat verklighetsunderlag, att ledamoten på grund av tystnadsplikt icke kunnat röja hela eller delar av informationen eller att informationen på annat sätt givits i förtroende.

Sammanfattningsvis kan således sägas, att all tillgänglig information – eller information som *borde* vara tillgänglig – internt inom bolaget eller i omvärlden om bolagets utveckling, eller sådana förhållanden som kan påverka bolagets utveckling, för den normalt aktive och aktsamme styrelseledamoten skall läggas till grund för tillämpningen av rekvisitet "skäl att antaga" . Bedömningen skall ske mot bakgrund av bolagets tidigare utveckling; fråga är således om en *ackumulering* av tidigare inträffade och nya omständigheter mot bakgrund av uppgifter om bolagets ställning i den normala rapporteringen (jfr RH 1989:43, RH 1993:115 och RH 1994:18).

Rekvisitet "skäl att antaga" skall sedan relateras till en kapitalbrist beräknad enligt ABL 13:13. Innebörden härav är tvåfaldig: För att ansvar över huvud skall aktualiseras, förutsätts för det första att skälet(en) till antagande, att kapitalbrist föreligger, skall vara *faktiskt grundat(ade)*. Denna tolkning av likvidationsbestämmelsen kom till uttryck i NJA 1988 s. 620 och anses numera också ha kommit till "tydligt uttryck" i lagtexten (se SOU 1999:36 s. 100 och prop. 2000/01:150 s. 48 f. och 100 f.). För det andra förutsätts, att den kapitalbrist som åsyftas skall framgå av en kontrollbalansräkning, med de särskilt medgivna avvikelserna från en ordinarie balansräkning, varom bl.a. föreskrivits i ABL 13:13.

Oavsett hur goda skälen för att antaga kapitalbrist vid en objektiv bedömning kan vara, *utlöses icke ett ansvar* om en sedermera upprättat kontrollbalansräkning avseende tidpunkten ifråga inte uppvisar *faktisk kapitalbrist*. Skälen att antaga kapitalbrist måste således vara *välgrundade* (egentligen *grundade*) i denna mening och blir uteslutande *tidsnormerande* för ansvarsperiodens inledning. Med hänsyn till att kontrollbalansräkningen skall upprättas genast när antaganderekvisitet är uppfyllt (tidigare "ofördröjligen", dvs. utan dröjsmål eller omedelbart), blir emellertid *i praktiken tidpunkten för den faktiska kapitalbristen avgörande*. (Jfr Lagrådets yttrande i prop. 2000/01:150, bil. 8 s. 188: Personligt ansvar inträder från den tidpunkt då styrelsen hade skäl att antaga att kapitalbrist förelåg, i praktiken från den tidpunkt ifråga om vilken en borgenär kan leda i bevis att kapitalbrist då förelåg.)

Frågan är vilken praktisk betydelse antaganderekvisitet överhuvudtaget har, när en faktisk kapitalbrist enligt ABL 13:13 skall konstateras. Om det rekonstruktionsarbete som utförs i en ansvarstvist utvisar faktisk kapitalbrist i denna mening vid en viss tidpunkt, får väl också allt som oftast antaganderekvisitet anses vara uppfyllt med påvisandet av kapitalbristen. Även om bevisbördan för "skäl att antaga" får anses åvila den som påstår att sådana skäl föreligger, förefaller följaktligen en bevisning om faktisk kapitalbrist ofta vara tillfyllest för att visa, att skäl att antaga kapitalbrist förelegat.

Här gäller således *inte* omvänd bevisbörda; se dock Lindskog (*op. cit.* s. 213 och 236 f.), som med vissa reservationer sluter sig till att det föreligger "omkastad" bevisbörda, vilken slutsats enligt Lindskog åtminstone delvis skulle kunna härledas från exculperingsbestämmelsens införande den 1 januari 1988. Att införandet av denna bestämmelse – om bakgrunden härtill se bl.a. DsA 1986:1, prop. 1987/88:10 s. 68 ff. och 237 ff. jämfört med prop. 1993/94:9 s. 185 och prop. 1990/91:198 s. 9 –, som föranleddes av ett initiativ till att undanta arbetstagarrepresentanter i styrelsen från det personliga ansvaret i likvidationsbestämmelserna, skulle ha medfört att hela regelkomplexet, inklusive antaganderekvisitet, med ett ursprung i 1895 års aktiebolagslag, i ett slag skulle underkastas en princip om omvänd bevisbörda, förefaller enligt min mening ytterst osannolikt, särskild mot bakgrund av ändamålet med införandet

av exculperingsregeln. De i bestämmelserna ifråga förekommande objektiva rekvisiten utökades genom 1988 års lagändring med ett subjektivt rekvisit. Såvitt gäller de objektiva rekvisiten föreligger normal bevisbörda; det subjektiva rekvisitet är däremot förenat med omvänd bevisbörda. Det tidigare gällande, strikta, objektiva ansvaret omvandlades till ett presumtionsansvar, enligt vilket dock endast oaktsamheten presumeras.

Bevisbördan såvitt gäller den faktiska kapitalbristen åvilar således den borgenär som gör gällande betalningsansvar, låt vara att denne åtnjuter en viss bevislättnad i förhållande till det beviskrav som normalt gäller i tvistemål (se NJA 1988 s. 620 och NJA 1993 s. 484 samt prop. 2000/01:150 s. 49 och 100). Lagstiftaren har emellertid valt att inte uttryckligen formulera en bevisregel, utan endast uppställt ett materiellt krav på faktisk kapitalbrist. I Aktiebolagskommitténs betänkande (SOU 1999:36, se författningskommentaren s. 115 f.) föreslogs, att det personliga betalningsansvaret för styrelseledamöter endast skulle utlösas under förutsättning av att det faktiskt förelåg en kapitalbrist vid tiden för *förpliktelsens* uppkomst. I propositionen (2000/01:150 s. 48) markerades emellertid härvid en avvikelse: Avgörande skulle vara förhållandena vid den tidpunkten då "skäl att antaga" faktisk kapitalbrist förelåg. I lagtexten har detta ställningstagande kommit till uttryck i ABL 13:17, 4 st., första meningen i lokutionen "vid den tidpunkt då styrelsens skyldighet att upprätta kontrollbalansräkning uppkom".

Enligt min mening har denna skillnad i ståndpunkter icke någon nämnvärd praktisk betydelse. Såsom berörts ovan, föranleds tvister om betalningsansvar allt som oftast av oreglerade fordringar i samband med bolagets konkurs lång tid efter det att faktisk kapitalbrist varit för handen. Det åligger fordringsägaren att härvid preliminärt visa, att bolaget led av faktisk kapitalbrist när förpliktelsen uppkom, utan att styrelsen vidtagit de lagstadgade åtgärderna, samt att det förelegat "skäl att antaga" faktisk kapitalbrist. Såsom påtalats ovan, är det i praktiken oftast tillfyllest, att faktisk kapitalbrist påvisas före eller vid tidpunkten för förpliktelsens uppkomst.

Endast i undantagsfall, t.ex. vid oväntade och hastiga förändringar, kan resultatet bli det motsatta, dvs. bevisning om faktisk kapitalbrist är

otillräcklig. I denna mening kan sägas att det föreligger *en slags presumtion för "skäl att antaga" vid konstaterad faktisk kapitalbrist*. Det reella utredningsarbetet i en tvist kommer därför att koncentreras kring tidpunkten för den första faktiska kapitalbristen. Allmänt sett kan på goda grunder antagas, att många bolag redan under sin första verksamhetstid uppvisar en faktisk kapitalbrist enligt ABL 13:13, i synnerhet när aktiekapitalet är lika med minimikapitalet (vilket torde vara fallet i de allra flesta svenska aktiebolag, jfr RH 1993:115). Faktisk kapitalbrist förekommer också säkerligen i stor utsträckning helt utan att den observeras av bolagets ledning. Ofta saknar sådana förhållanden praktisk betydelse, så länge bolaget icke tvingas i konkurs. I realiteten är det först i konkursen som kapitalbristfrågorna och härtill knutet ansvar aktualiseras. Vad som skall gälla när ett bolag befunnit sig i en faktisk kapitalbrist utan att styrelsen vidtagit åtgärder, men därefter och åren före en slutlig konkurs visat en mycket god ekonomisk utveckling, skall behandlas vidare nedan i samband med genomgång av upphörandegrunder för ansvaret.

Bevisbördan för faktisk kapitalbrist torde på samma sätt som för övriga objektiva rekvisit i likvidationsbestämmelserna – inklusive således rekvisitet "skäl att antaga" – åvila den som påstår förekomsten härav. Avsikten med införandet av exculperingsregeln den 1 januari 1988 kan inte anses ha varit, att omkasta bevisbördan för kapitalbristen och ingenting tyder på att dessförinnan bevisbördan skulle ha varit omvänd (jfr NJA 1988 s. 620, som måste tolkas i enlighet därmed). Såsom berörts ovan, var syftet med införandet av exculperingsregeln att få till stånd en viss uppmjukning av det tidigare stränga personliga ansvaret (som tolkades föreligga oberoende av uppsåt eller oaktsamhet). Lösningen blev ett presumtionsansvar med innebörd, att styrelseledamoten presumerades ha handlat med uppsåt eller oaktsamhet, om han inte kunde visa motsatsen (se prop. 1987/88:10 s. 70 ff. mot bakgrund av DsA 1986:1). Bevisbörderegeln modifieras dock av en princip om bevislättnad, som utvecklats i rättspraxis (NJA 1988 s. 620 och NJA 1993 s. 484, jfr prop. 2000/01:150 s. 49 och 100).

Tidsfristen inom vilken kontrollbalansräkningen skall upprättas är kort. Begreppet "genast" ("ofördröjligen", "utan dröjsmål" och "ome-

delbart" få betraktas som synonyma begrepp) antyder snäva tidsramar. Av förklarliga skäl har lagstiftaren icke kunna fixera tidsfristen i antal dagar eller veckor: Vad som är en acceptabel tidsfrist inom begreppet "genast" måste ses som relativt olika faktorer av varierande slag, häribland rörelsens omfång, innehåll, karaktären av de skäl som givit upphov till antagande om faktisk kapitalbrist, tid under räkenskapsåret m.m. Det är således inte givet att det är praktiskt eller ens teoretiskt möjligt för bolag att i början av semestertider få en kontrollbalansräkning upprättad.

Härvid visar sig återigen svårigheten att skilja mellan sådana omständigheter som skall inordnas under det relativa begreppet "genast", å ena sidan, och sådana som kan anföras i exculperingssyfte, å den andra. Såsom skall framgå nedan, synes de senare omständigheterna vara mera individuellt betingade, dvs. sådana som hänger samman med sjukdom, delegering, svårigheten att absorbera missvisande information, otillgängligheten av informationen – den har undanhållits –, etc. Relativiteten i begreppet "genast" skall i motsats härtill hänföras till sådana förhållanden som begränsar möjligheten för styrelsen i *allmänhet*, men mot bakgrund av *företagsspecifika* förhållanden, att få till stånd en kontrollbalansräkning när – objektivt sett – det finns skäl att anta faktisk kapitalbrist. Skiljelinjen är emellertid långt ifrån distinkt, och det kommer säkerligen att uppkomma fall av sammanblandning.

I regel får väl hela processen med upprättandet av en kontrollbalansräkning antas bli initierad av de personer inom bolaget som handhar den löpande förvaltningen, dvs. allt som oftast den verkställande direktören eller motsvarande, mera sällan mellanchefer. Anledningen härtill är givetvis att dessa personer har bäst inblick i verksamhetens utveckling. Är bolaget redan inne i en negativ trend med återkommande förluster, måste vaksamheten vara särskilt stor. I ett sådant fall får det förmodas att styrelsen är välinformerad om händelseutvecklingen och att dess ledamöter underrättas kontinuerligt under hand om förändringar. En försiktig styrelse har säkerligen i en sådan situation redan försöksvis upprättat en (preliminär) kontrollbalansräkning, t.ex. med stöd av en balansrapport, ordinarie balansräkning, eller liknande, trots att det kanske inte har funnits skäl härtill. Men ett sådant förarbete i god tid, innan

bolaget når en faktisk kapitalbrist, är självfallet ägnat att underlätta iakttagandet av tidsfristen "genast". Den därefter följande kontinuerliga rapporteringen kan ske helt informellt till styrelsens ledamöter utan iakttagande av de lagstadgade formerna för styrelsemöten, t.ex. via de moderna formerna för informationsteknik. I rapporteringen bör ingå utvecklingen för kostnader och intäkter, likviditeten, offertstock, orderläge, fakturering och reglering av kundfordringar, och andra händelser av ordinärt eller extraordinärt slag. Med nutida informationsteknologi är den sådan rapportering vid befarad kapitalbrist (och även eljest) fullt möjlig och t.o.m. nödvändig.

I en negativ utvecklingsfas kan det också antas, att styrelsemötena blir mera frekventa. En försiktig styrelse har en överblick över inte bara den ordinarie balansräkningen utan också det sätt på vilket posterna i denna skall justeras i en kontrollbalansräkning. Även när mera oväntade och extraordinära händelser har orsakat kapitalbrist, kommer oftast initiativet till upprättandet av kontrollbalansräkningen från den verkställande ledningen. Det kan redan här antecknas, att sådana verkställande funktionärer har att beakta sitt personliga ansvar för förpliktelser som uppkommer för bolaget, om styrelsen underlåter att upprätta kontrollbalansräkning (se ABL 13:17, 2 st., varom mera nedan). Stundom kan även förekomma, att en s.k. arbetande styrelseordförande, vars arbete bl.a. utgörs av att följa upp verksamhetsutvecklingen och fungera som en kommunikationspartner till den verkställande ledningen och förbindelselänk till den övriga styrelsen, initierar kontrollbalansprocessen. Vid passivitet från den verkställande ledningens och styrelseordförandens sida kan mera sällan också andra styrelseledamöter antas väcka frågan om kontrollbalansräkning (möjligen särskilt sådana styrelseledamöter som är mera juridiskt bevandrade).

När frågan om kontrollbalansräkning väl initierats, bör ett formligt styrelsemöte hållas, sedan detta förberetts på vederbörligt sätt med information till samtliga styrelseledamöter om verksamheten och dess utveckling. Beslutet om att upprätta en kontrollbalansräkning är *styrelsens* beslut. Denna inledande process, från det att initiativet tagits till styrelsebeslutet, kan i allmänhet sägas ta i anspråk en till två veckor. Styrelsen kan visserligen "snabbinkallas", mötet hållas telefonledes

(eller *per capsulam*), men mötet erfordrar visst förberedelsearbete för att kunna vara någorlunda fullödigt.

Inför, och möjligen under detta styrelsemöte, uppkommer den stundom svårbemästrade situationen, att för att kunna bedöma om en kontrollbalansräkning skall upprättas i enlighet med ABL 13:13, måste styrelseledamöterna ha ett underlag för prövningen av frågan, om faktisk kapitalbrist föreligger eller icke. I vissa fall kan detta visserligen vara uppenbart med hänsyn till mera extraordinära förhållanden. Oftast är emellertid saken icke så självklar, varför styrelsen tvingas till att *redan på grund av osäkerhet* (dvs. ett antagande) besluta om att upprätta en kontrollbalansräkning, eller i vart fall till grund för beslutet och inför styrelsemötet ha upprättat en *preliminär* kontrollbalansräkning, för att sedan besluta om en *slutgiltig* kontrollbalansräkning. I andra fall åter kan en preliminär eller "hypotetisk" kontrollbalansräkning ge motsatt resultat, därför att styrelsen bedömer att de dolda övervärdena är så pass betydande, eller att den senaste tidens utveckling varit tillräckligt positiv för att läka kapitalbristen.

Ett övervägt beslut om denna slutgiltiga kontrollbalansräkning förutsätter således ett merarbete inför styrelsemötet, som säkerligen på uppdrag av styrelseordföranden utförs av den verkställande ledningen och andra berörda inom bolaget. Ofta nog kan förhållandet vara sådant, att när styrelsen skall besluta om att upprätta en kontrollbalansräkning, en sådan redan föreligger i mer eller mindre slutgiltigt skick, varvid styrelsens uppgift blir att besluta om eventuella justeringar i kontrollbalansräkningen och nästa led i processen (sammankalla bolagsstämman). Det nu beskrivna förfarandet tar på grund av förarbetet i allmänhet mer tid i anspråk, kanske tre till sex veckor, beroende på rörelsens omfattning och innehåll. Det alternativa förfarandet är att styrelseledamöterna kallas till möte så snart någon har misstanke om faktisk kapitalbrist, varvid styrelsen beslutar om upprättande av kontrollbalansräkning, som efter upprättandet behandlas på ett nytt styrelsemöte.

Sedan kontrollbalansräkningen upprättats, skall styrelsen låta bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen. Den relativa innebörden av begreppet "genast" blir härmed uppenbar. Granskningen kan ju icke ske förrän kontrollbalansräkningen är upprättad, varför granskningen

således skall ske "genast" därefter. I själva verket förhåller det sig så med samtliga uppgifter eller skyldigheter i upprättandeprocessen: Initiativet till styrelsemöte skall tas "genast" efter det att "skäl att antaga" föreligger. Styrelsemöte skall hållas "genast" därefter. I anslutning härtill skall kontrollbalansräkningen "genast" upprättas. Ett eventuellt nytt styrelsemöte skall hållas "genast" därefter. Slutligen skall styrelsen *låta* bolagets revisor "genast" granska kontrollbalansräkningen. Vad denna flerdelade tidsfrist sammantaget skall omfatta är sedan avhängigt av skilda, ovannämnda faktorer. Enligt min mening förefaller emellertid två månader (jfr Löfgren och Kornfeld, Personligt ansvar, 3 uppl. s. 27, där det framhålls att "minst två månader" är rimligt) en alltför lång tid för att rymmas inom begreppet "genast", även för bolag med mera omfattande verksamhet (jfr prop. 2000/01: 150 s. 49 och RH 1989:43). Undantagsfall kan dock tänkas förekomma.

Med nuvarande informationsteknologi och andra instrument för bolagets redovisning och kontroll av bolagets verksamhetsutveckling måste enligt min bedömning tidsfristen stipuleras vara allt mellan två till sex veckor, beroende på ovannämnda förhållanden, där den kortare tidsfristen (2-3 veckor) får anses vara förbehållen bolag som under en tid redan befunnit sig i en negativ utvecklingsfas och som har en mindre komplicerad verksamhetsbild; det flerdelade begreppet "genast" är således också relativt sådana faktorer som bolagets tidigare utveckling och förluster, utvecklingens extraordinära natur, etc.

Det kan tyckas, att diskussionen om tidsfristen avser fyra, sex eller åtta veckor är väl akademisk, men så är inte nödvändigtvis fallet. Ett bolags styrelse och verkställande ledning torde av naturliga skäl och redan på grund av osäkerhet om tidsfristens längd, iaktta stor försiktighet med att låta bolaget åta sig nya förpliktelser (vilka sedan träffas av personligt ansvar) när väl skäl att antaga faktisk kapitalbrist befunnits föreligga och upprättandet av balansräkningen fortskrider långsamt. I fokus för de flesta styrelseledamöter finns betalningsansvaret enligt ABL 13:17, 1 st., 1 p.: Varje styrelseledamot svarar personligen och solidariskt för de förpliktelser som uppkommer för bolaget under den tid som underlåtenheten består, dvs. under "förseningstiden". Om styrelsen lagligen borde ha upprättat och låtit bolagets revisor granska en

kontrollbalansräkning inom sex veckor, men dröjer härmed intill utgången av tio veckor, omfattar underlåtenhetstiden överskottet om fyra veckor. Betalningsansvaret avser uteslutande förpliktelser som uppkommer under denna tid. Om sedan styrelsen inte sammankallar en första kontrollstämma enligt ABL 13:14, inom den däri angivna tidsfristen ("snarast möjligt"), börjar en ny underlåtenhetstid att löpa enligt ABL 13:17, 1 st., 2 p.

4. Kontrollbalansräkningens utformning

Om kontrollbalansräkningens utformning stadgas i ABL 13:13, att den skall upprättas enligt årsredovisningslagen med de i ABL 13:13 medgivna justeringarna för tillgångar och skulder. De *tillåtna* justeringarna i en kontrollbalansräkning är följande:

1. Tillgångar och skulder får tas upp till verkliga (faktiska) värden.
2. Tillgångar får redovisas till nettoförsäljningsvärdet.
3. Pensionsåtaganden enligt lagen (1967:531) om tryggande av pensionsutfästelser m.m. skall tas upp till minst det belopp denna lag medger (7 § samma lag).
4. Skulder på grund av statligt stöd med en återbetalningsskyldighet som är beroende av bolagets ekonomiska ställning behöver inte upptas alls, förutsatt att skulden i händelse av konkurs eller likvidation är efterställd andra skulder.
5. Obeskattade reserver skall delas upp på eget kapital och uppskjuten skatteskuld.

Vägledande vid värderingen av tillgångar och skulder skall vara god redovisningssed. Till grund för en kontrollbalansräkning skall inledningsvis läggas en ordinarie balansräkning i enlighet med årsredovisningslagen (för bankaktiebolag och värdepappersbolag gäller lag 1995:1559 om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag). Såsom balansdag får i allmänhet gälla en dag i nära anslutning till det styrelsemöte, på vilket kontrollbalansräkningen skall behandlas. Med

en ordinarie balansräkning som utgångspunkt skall sedan de tillåtna justeringarna göras av de ifrågavarande posterna ("korrigeringsposter"). En *korrekt* upprättad, ordinarie balansräkning utgör på så sätt i regel ett minimum för beräkningen av bolagets egna kapital, varvid de tillåtna justeringarna endast kan vara ägnade att *öka* det *faktiska* egna kapitalet. (Den oklarhet som tidigare kan ha förekommit härom, se bl.a. Lindskog s. 219, fotnot 62, och s. 223, förefaller numera vara undanröjd med den ändrade ordalydelsen av stadgandet, se även FAR:s rekommendation nr 4, redovisning av pensionsskuld och pensionskostnad samt SOU 1999:36 s. 98 f. och prop. 2000/01:150 s. 36 ff. och 92 ff.) Justeringar utöver dem som medges i ABL 13:13 är inte tillåtna. Listan i stadgandet är således *uttömmande* (se SOU 1999:36 s. 99 f. och prop. 2000/01:150 s. 92 ff.).

Med de medgivna justeringarna av den ordinarie balansräkningen följer emellertid, att *kontinuitetsprincipen* inte behöver upprätthållas när kontrollbalansräkningen upprättas (om denna fråga, se främst Lindskog s. 219 med vidare hänvisningar). Med kontinuitetsprincipen avses i allmänhet ett krav på att det skall finnas en kontinuitet i de grundläggande redovisningsprinciperna vid upprättandet av årsredovisningarna, så att en jämförelse kan ske dem emellan. (Se om kontinuitetsprincipen, årsredovisningslagen 2:4, 1 st. 2 p.; att byte av redovisningsprinciper inte får ske från ett år till ett annat grundas på förhållandet, att bytet skulle störa jämförbarheten mellan olika räkenskapsår.) Kontinuitetsprincipen avser således att upprätthålla jämförbarheten mellan ett företags årsredovisningar för skilda räkenskapsår. Syftet med en kontrollbalansräkning är emellertid inte att möjliggöra jämförelse mellan olika räkenskapsår, utan enbart att mäta bolagets faktiska, egna kapital vid en viss given tidpunkt.

I kontrollbalansräkningen kan därför tillämpas *andra värderingsprinciper* än dem som tillämpats i årsredovisningen, eller t.o.m. i tidigare kontrollbalansräkningar, allt förutsatt givetvis att de tilllämpade värderingsprinciperna i övrigt överensstämmer med lag och god redovisningssed. En tillämpning av en annan värderingsprincip kan t.ex. leda till att värdet av en anläggningstillgång blir högre på grund av en ny beräknad livslängd. Ett annat exempel är att utgifter som i årsredo-

visningen kostnadsförts istället aktiveras (dvs. tas upp som en tillgång) i kontrollbalansräkningen. Vidare kan vissa tillgångar anses ha ett företagsekonomiskt värde för det enskilda företaget som överstiger ett allmänt marknadsvärde, t.ex. en anläggning som är utformad för en specialiserad verksamhet. I ett sådant fall anses det vara acceptabelt att ta upp det högre värdet i kontrollbalansräkningen (till det "planmässiga restvärdet"). Det nu anförda har kommit till uttryck i ABL 13:13, 2 st., 1 p., första meningen.

Av de för kontrollbalansräkningen avsedda justeringsprinciperna följer också, att kontrollbalansräkningen icke skall präglas av samma försiktighet som en ordinarie balansräkning vid värderingen av tillgångar och skulder (se härtill NJA 1993 s. 484 och Lindskog s. 219 f., samt FAR:s vägledning om kontrollbalansräkning under rubriken "Värderingsfrågor". Om *försiktighetsprincipen*, se årsredovisningslagen 2:4, 1 st., 3 p., innebärande att vid osäkerhet skall i allmänhet väljas en lägre värdering av tillgångar och högre värdering av skulder). En alltför försiktig hållning kan medföra att bolagets framtidsmöjligheter och fortlevnadsförmåga inte beaktas i tillräcklig grad, varför i och för sig livsdugliga bolag skulle kunna tvingas till onödigtvis stränga åtgärder.

I *likhet* med den ordinarie balansräkningen skall utgångspunkten vid upprättandet av en kontrollbalansräkning vara den s.k. *fortlevnadsprincipen*, dvs. att värderingen av tillgångarna skall grundas på förutsättningen, att bolagets verksamhet skall fullföljas (principen om "*going concern*"). Alternativet, att värdera bolagets tillgångar med utgångspunkt i deras s.k. slaktvärde, dvs. värdet vid avveckling, skulle enligt förarbetena i alltför hög grad drabba bolag som är "livsdugliga" (se prop. 2000/01:150 s. 38). Fortlevnadsprincipen har lagfästs i årsredovisningslagen 2:4, 1 st., 1 p.: "Bolaget skall förutsättas fortsätta sin verksamhet". Andra stycket i stadgandet medger emellertid avvikelse från denna och andra redovisningsprinciper som kommit till uttryck i stadgandet, förutsatt att avvikelsen är förenlig med de krav som uppställs i årsredovisningslagen 2:2–3, dvs. kraven på överskådlighet, god redovisningssed och rättvisande bild. En avvikelse får under inga omständigheter leda till att årsredovisningen ger en mindre rättvisande bild av bolagets ställning och resultat. Avvikelsen får heller inte inne-

bära att redovisningen därigenom kommer att stå i strid med andra i lagen angivna föreskrifter (se härom prop. 1995/96:10, del II s. 185).

Utgångspunkten för bedömningen av frågan, om avvikelse kan ske från de allmänna, ordinarie redovisningsprinciperna, måste givetvis vara förhållandena i varje enskilt fall. Varken i lagen eller i lagförarbetena ges tydliga anvisningar om vad som skall avses med särskilda skäl för avvikelse. Det är dock uppenbart att fortlevnadsprincipen icke kan tillämpas, om behörigt organ i bolaget beslutat om nedläggning av verksamheten, likvidation, ansökan om konkurs, m.m. Frågan, vad som skall gälla när ett sådant behörigt beslut inte föreligger, men de faktiska förhållandena är sådana att en nedläggning icke kan undvikas, har ingen given lösning. Situationen kan t.ex. förhålla sig så, att bolaget helt saknar ekonomiska och andra resurser för att fullfölja verksamheten och att bolagsledningens ansträngningar, att med externa medel finansiera fortsatt verksamhet, varit fullständigt förgäves. Det är i vart fall inte uteslutet att försiktigheten i en sådan situation kräver, att fortlevnadsprincipen överges till förmån för andra värderingsprinciper (t.ex. efter avvecklingsvärdet). En sådan avvikelse skulle grundas på särskilda skäl och ge en mera rättvisande bild av bolagets ställning.

Det förhållandet att en kontrollbalansräkning enligt ABL 13:13 skall upprättas i enlighet med årsredovisningslagen innebär följaktligen inte med nödvändighet, att fortlevnadsprincipen skall upprätthållas. Aktiebolagskommitténs antagande i delbetänkandet, Likvidation av aktiebolag, SOU 1999:36 s. 92, att så skulle vara fallet, är således inte helt riktigt. Den av kommittén föreslagna lagändringen, att en kontrollbalansräkning skall uppräknas under antagandet att bolagets verksamhet skall fortsätta, fick heller inget genomslag i den slutliga lagtexten. I propositionen (2000/01:150 s. 38 och 93) uttalas, att det i vissa fall kan stå klart, att ett antagande om fortsatt drift saknar fog, varför det är naturligt att värderingen grundas på att avveckling av verksamheten skall ske. Fortlevnadsprincipen bör följaktligen inte tillämpas om det "saknas vilja eller ekonomiska förutsättningar att fortsätta verksamheten", t.ex. när det finns ett beslut om att bolaget skall läggas ned eller när det står klart att bolagets ekonomiska situation är sådan att verksamheten måste läggas ned, t.ex. därför att bolaget uppenbarligen saknar tillräckligt kapital

för att fullfölja verksamheten (jfr prop. 1995/96:10, del II s. 183 f. och Lindskog s. 220).

Gällande bestämmelser saknar i anledning härav ett generellt antagande om att bolagets verksamhet skall fullföljas. Istället är utgångspunkten att årsredovisningslagen 2:4 och de principer om god redovisningssed som har utvecklats i anslutning till bestämmelsen skall tillämpas.

Vad nu diskuterats kan kanske bäst illustreras genom en något närmare analys av värderingen av vissa specifika tillgångar, såsom t.ex. *aktiverade utgifter* (kostnader).

Grundläggande för sådana utgifter för t.ex. forsknings-, organisations- och utvecklingsarbeten (och liknande arbeten) är, att de kan upptas som s.k. immateriella anläggningstillgångar i balansräkningen under förutsättningen, att de är av väsentligt värde för rörelsen (se årsredovisningslagen 4:2). I FAR:s vägledning om kontrollbalansräkningen, under rubriken "Immateriella tillgångar" uttalas, att utgifter som aktiverats som immateriella tillgångar i den ordinarie balansräkningen med stöd av bestämmelserna i nämnda lagrum får tas upp som tillgång även i kontrollbalansräkningen. Vidare kan enligt vägledningen utgifter som hade kunnat aktiverats med stöd av årsredovisningslagen, men trots detta kostnadsförts, aktiveras i kontrollbalansräkningen till anskaffningsvärdet, minskade med nödvändiga av- och nedskrivningar. Emellertid skall denna möjlighet utnyttjas med "försiktighet" och bara i "uppenbara fall" (jfr prop. 2000/01:150 s. 93). I Bokföringsnämndens rekommendation R1, Redovisning av forsknings- och utvecklingskostnader, punkterna 12–15, ges ytterligare vägledning om aktivering av utgifter, som nedlagts på forskning och utveckling såvitt gäller den ordinarie balansräkningen. I punkterna 13 och 14 häri stipuleras vissa villkor för aktiveringen. Av särskild betydelse i kontrollbalansräkningssammanhang synes härvid vara villkoren 13 d) och e) och 14:

> "Det skall vara sannolikt att en på förhand kalkylerad intäkt eller kostnadsbesparing kommer att uppstå till följd av att den tänkta produkten eller processen marknadsförs. Skall den användas internt skall dess användbarhet för verksamheten visas.

> Det skall finnas resurser dels för att FoU-arbete skall kunna slutföras, dels för att den tänkta produkten eller processen skall kunna marknadsföras, om den är avsedd för försäljning.
>
> Utgifter som aktiverats enligt ovanstående villkor får inte överstiga vad som kan förväntas bli täckt av de merintäkter eller kostnadsbesparingar som FoU-arbetet beräknas ge upphov till. Vidare får utgifter endast aktiveras det år som arbetet utförts... Av villkoret följer att utgifter som hänför sig till grundforskning inte får aktiveras." (Se även Bokföringsnämndens uttalande BFN U 88:15 Om redovisning av utgifter för utveckling av dataprogram för försäljning m.m.)

I de nyss citerade villkoren för aktivering av utgifter för forskning och utveckling synes fortlevnadsprincipen liksom de särskilda skälen för avvikelser därifrån ha inarbetats. Aktivering kan endast ske under förutsättning av fortlevnad, samtidigt som aktivering är utesluten om en faktisk fortlevnad icke kan förutses (det skall finnas resurser för att kunna slutföra forsknings- och utvecklingsarbetet, men också för att marknadsföra resultatet därav, det skall vara sannolikt att resultatet ger en intäkt eller kostnadsbesparing motsvarande den aktiverade utgiften, m.m.).

Det är tydligt att ett bolag som visar svag likviditet och stora finansieringssvårigheter, vikande intäktsunderlag, ökande förluster på en sviktande riskkapitalmarknad, m.m. knappast är i stånd att möta dessa villkor för aktivering av utgifter. Med Lindskog (s. 221 fotnot 69) får man mot bakgrund härav ifrågasätta Högsta domstolens uttalande i NJA 1993 s. 484, att man "inte helt kan bortse från bolagets finansiella ställning och dess möjligheter att, om likviditeten är otillfredsställande, skaffa nya resurser", när frågan om tillåten grad av aktivering av forsknings- och utvecklingskostnader skall prövas. Trots att upprättandet av en kontrollbalansräkning och värdering av olika poster inte skall präglas av samma försiktighet som är förutsatt beträffande den ordinarie balansräkningen, finns i vart fall beträffande aktivering av utgifter starka skäl att visa åtminstone samma försiktighet, särskilt när utgifterna i den ordinarie balansräkningen har kostnadsförts och det övervägs att samma

utgifter skall aktiveras i kontrollbalansräkningen (jfr prop. 2000/01:150 s. 93).

Vad nu sagts om aktivering av forsknings- och utvecklingskostnader måste stundom också gälla värdering av omsättningstillgångar i ett skede av bolagets verksamhet, när det saknas resurser för normal avsättning av tillgångarna genom marknadsföring och försäljning och det verkliga värdet i stället motsvaras av en försäljning i en situation som liknar en avveckling. Det är långt ifrån givet att fortlevnadsprincipen genomgående kan upprätthållas under sådana förutsättningar. Slutsatsen måste därför bli, att fortlevnadsprincipen skall tillämpas med försiktighet, och att den ej kan aktualiseras när förutsättningar för att fullfölja verksamheten saknas (jfr Lindskog s. 220. Se även Danielsson, Aktiekapitalet s. 53 ff.).

Kontrollbalansräkningen innefattar vidare en *sufficiensprövning*. De faktiska tillgångarna ställs mot de faktiska skulderna, varvid nettot utvisar sufficiens eller insufficiens. Insufficiens är stundom, men icke nödvändigtvis, ett tecken på insolvens (obestånd, dvs. oförmågan att reglera skulder allteftersom de förfaller till betalning, se konkurslagen, 1 kap.). Insolvensprövningen innefattar en lång rad faktorer, häribland bolagets sufficiens, likviditet, soliditet, betalningsförmåga, m.m. Är ett bolag insolvent, är en tillämpning av fortlevnadsprincipen vid upprättandet av kontrollbalansräkningen knappast försvarlig, i vart fall vad gäller värderingen av vissa aktiva (sådana tillgångar beträffande vilka fortlevnadsprincipen har sin största betydelse, jfr Lindskog s. 221, fotnot 69).

Som ovan nämnts, föreslog Aktiebolagskommittén i SOU 1999:36, att kontrollbalansräkningen skulle upprättas under antagande att "bolagets verksamhet skall fortsätta". Denna föreskrift gavs i förslaget en generell tillämplighet. Samtidigt framgår av kommitténs allmänna överväganden till ändringar, 4.2.2.2 om kontrollbalansräkning, att syftet med detta "förtydligande" skulle vara, att "rädda livskraftiga företag undan tvångslikvidation på grund av kapitalbrist", och att därför slaktvärdet inte kunde användas vid beräkningen av bolagets egna kapital. Av kommitténs förslag till lagtext framgår emellertid inte detta förbehåll om "livskraftiga företag". I propositionen synes också tanken om att särskilja de livskraftiga företagen från de mindre livskraftiga har

övergivits. För det fall de livskraftiga företagen skall skiljas från de icke livskraftiga, måste fortlevnadsprincipens tillämpningsområde ges ett avpassat innehåll. Om förutsättningen är att endast livskraftiga företag skall kunna tillämpa fortlevnadsprincipen vid upprättandet av en kontrollbalansräkning, kan antas att avvecklingsvärderingsprincipen blir tillämplig i ett stort antal fall (särskilt i beaktande av nedläggning av bolag i hägnet av IT-världens sönderfall).

Vad sedan gäller själva *formen* (och innehållet) för kontrollbalansräkningen framgår av lagen (ABL 13:13) följande:

1. Kontrollbalansräkningen skall upprättas enligt tillämplig lag om årsredovisning.
2. Obeskattade reserver skall delas upp på eget kapital och uppskjutna skatteskulder.
3. Justeringsposterna i kontrollbalansräkningen skall redovisas särskilt.
4. Kontrollbalansräkningen skall undertecknas av bolagets styrelse (minst hälften av ledamöterna enligt ABL 8:29).
5. Bolagets revisor skall granska kontrollbalansräkningen och inför en *eventuell* första kontrollstämma avge ett yttrande däröver.
6. För det fall någon av styrelseledamöterna har anmält en avvikande mening, som antecknats till styrelsens protokoll, *bör* den avvikande meningen fogas till balansräkningen.
7. Kontrollbalansräkningen *skall* innehålla uppgift om den dag då den undertecknades (följer av 4 p. ovan).
8. Av noter till balansräkningen *bör* framgå tillämpade värderingsprinciper och grunderna för justeringarna i förhållande till ordinarie balansräkning.

I Aktiebolagskommitténs förslag till likvidationsbestämmelser, SOU 1999:36, upptogs de ytterligare formkraven, att kontrollbalansräkningen skulle undertecknas av den verkställande direktören, att om en avvikande mening om balansräkningen antecknats till styrelsens protokoll, yttrandet skulle fogas till balansräkningen samt att balansräkningen skulle innehålla uppgift om den dag då den undertecknades.

Dessa ytterligare formkrav ligger i linje med årsredovisningslagen 2:7 och kunde möjligen anses indirekt följa av det i ABL 13:13 föreskrivna, grundläggande kravet, att en kontrollbalansräkning skall upprättas enligt årsredovisningslagen, trots att dessa formkrav inte upptagits slutgiltigt i lagtexten i ABL 13:13. Formkravet, att kontrollbalansräkningen skall undertecknas av styrelsen, har i FAR:s vägledning om kontrollbalansräkning uppfattats så, att det är tillfyllest att *minst hälften* av styrelsens ledamöter undertecknar balansräkningen. Enligt årsredovisningslagen 2:7, 1 st., skall emellertid årsredovisningen undertecknas av *samtliga* styrelseledamöter (jfr Aktiebolagskommitténs förslag i SOU 1999:36).

Av propositionen (2000/01:150 s. 42 och 92) framgår, att årsredovisningslagen skall vara tillämplig, där ej uttryckligen annat stadgats. I ABL 13:13 ges en uttömmande lista på undantag, och av stadgandets sista stycke framgår att styrelsen skall underteckna kontrollbalansräkningen, varmed enligt lagkommentaren menas minst hälften av ledamöterna enligt ABL 8:29. Något krav på verkställande direktörens undertecknande kom icke att inflyta i lagtexten. Såsom skäl för att inte ställa krav på hela styrelsens och verkställande direktörens undertecknande av kontrollbalansräkningen anförs, att ett sådant formkrav "onödigtvis" skulle öka risken för att kontrollbalansräkningen inte kom att upprättas i tid.

Det lagstadgade formkraven måste således tolkas så, att i ett första steg styrelsen har att utgå ifrån en ordinarie balansräkning, som upprättas i enlighet med årsredovisningslagen. Såsom påtalats ovan, skall balansdagen förläggas så nära i tiden som möjligt till det styrelsesammanträde på vilket kontrollbalansräkningen skall behandlas. På samma sätt som i en ordinarie balansräkning skall erforderliga av- och nedskrivningar ske. Däremot skall inte vid en tillämpning av fortlevnadsprincipen reservering ske för avvecklingskostnader eller andra utgifter. Om fortlevnadsprincipen inte kan tillämpas, t.ex. på grund av att avveckling eller likvidation är i det närmaste oundviklig, måste å andra sidan reserveringar ske. I en sådan situation får man emellertid fråga sig, om kontrollbalansräkningen fyller en funktion, och om det inte i stället vore lämpligare att snarast möjligt kalla till extra bolagsstämma

för att besluta om likvidation. Styrelsen kan emellertid antas förutse, att den erforderliga majoriteten för ett sådant beslut inte kan uppnås, t.ex. därför att en aktieägarmajoritet säger sig förbereda finansieringsåtgärder, varför lagstadgade krav på en kontrollbalansräkning ändå efterföljs. I nästa steg skall varje post i den ordinarie balansräkningen undersökas i syfte att fastställa om justeringar i enlighet med vad som medges i ABL 13:13 är möjliga eller icke. Härvid gäller att varje justering måste redovisas särskilt. De tilllämpade värderingsprinciperna bör också anges i en not. Av en not till kontrollbalansräkningen skall vidare framgå vad justeringarna grundats på.

Den slutliga uppställningen i kontrollbalansräkningen kan sedan grundas på brutto- eller nettometoden. I bilaga 1 till FAR:s vägledning om kontrollbalansräkning förordas en uppställning enligt bruttometoden, där i kolumn 1 framgår tillgångar och skulder enligt ordinarie balansräkning, i kolumn 2 justeringarna med noter om värderingsprinciper och justeringsgrunder, och i kolumn 3 vad de olika posterna i den ordinarie balansräkningen justerats till i kontrollbalansräkningen. Nettometoden är en förenklad variant av bruttometoden, och tar direkt sikte på justering av det egna kapitalet i anledning av de i lagen medgivna justeringarna (se härom främst Gometz, Balans 6–7/1987). Med hänsyn till de lagstadgade kravet om att justeringar skall redovisas särskilt med en ordinarie balansräkning som grund förefaller en kontrollbalansräkning enligt bruttometoden och enligt FAR:s vägledning om kontrollbalansräkning vara den närmast till hands liggande uppställningsmodellen.

5. Olika poster i kontrollbalansräkningen

Vad sedan gäller de i lagen medgivna justeringarna av ordinarie balansposter (och avvikelserna från årsredovisningslagens krav) är avsikten, att s.k. dolda reserver i så stor utsträckning som möjligt skall göras synliga i kontrollbalansräkningen, dock med beaktande av därav följande latent skatt och extra utgifter. Tillgångar får upptas till ett högre värde och skulder till ett lägre värde, om värderingen är förenlig med god redovisningssed. Härvid anges särskilt att tillgångar får redovisas till

nettoförsäljningsvärdet. För pensioner och statligt stöd finns särskilda regler. Med en tillämpning av årsredovisningslagens bestämmelser om värdering med tillägg för vad som i ABL 13:13 stadgas om medgivna justeringar och tillämpning av nya värderingsprinciper kan följande antecknas.

1. Vad först gäller *anläggningstillgångar* får en uppskrivning ske av sådana enligt årsredovisningslagen 4:6. (Det kan antecknas, att uppskrivningsbestämmelserna inte är tvingande.) Bestämmelserna om uppskrivning bygger på tidigare regler i bokföringslagen (särskilt 15 §), men har också anpassats till EU:s fjärde bolagsdirektiv. De avser såväl materiella som finansiella anläggningstillgångar, dock ej omsättningstillgångar.Anläggningstillgångar upptas i den ordinarie balansräkningen till anskaffningsvärdet, med tillägg för utgifter hänförliga till förvärvet, eventuellt indirekta tillverkningskostnader, m.m. samt utgifter för värdehöjande förbättringar, minskade med erforderliga ned- eller avskrivningar (se årsredovisningslagen 4:3–5).

   En uppskrivning av en anläggningstillgång får endast ske under vissa bestämda förutsättningar, nämligen att tillgången har ett *tillförlitligt* och *bestående* värde som *väsentligt* överstiger bokfört värde. Vid upprättandet av en kontrollbalansräkning kan som ett första steg (jfr SOU 1999:36 s. 93 och prop. 2000/01:150 s. 39 och 93) uppskrivning ske av de ifrågavarande tillgångarna med iakttagande av de angivna begränsningsrekvisiten. (För en närmare definition av finansiella och materiella anläggningstillgångar, liksom de specifika begränsningsrekvisiten, hänvisas till förarbetena till årsredovisningslagen, prop. 1995/96:10, del II s. 58 ff. och 202 ff., med vidare hänvisningar.)

   Kravet på att värdet skall vara tillförlitligt, dvs. värdet skall kunna bestämmas på ett objektivt och säkert sätt (jfr prop. 1995/96: 10, del II s. 202) synes gälla all värdering av ett bolags tillgångar och skulder, så också vid upprättandet av en kontrollbalansräkning. *Bestående- och väsentlighetsrekvisiten* är emellertid uteslutande tillämpliga vid uppskrivning av värden på anläggningstillgångar.

Alternativet vid upprättandet av en kontrollbalansräkning, att uppta tillgångar till nettoförsäljningsvärdet, kontrolleras inte av de sistnämnda rekvisiten. Syftet med att medge att anläggningstillgångar upptas till nettoförsäljningsvärdet är att göra det möjligt, att uppta tillgångarna till *verkliga* värdet. Härmed avses bruttoförsäljningsvärdet minskat med försäljningskostnader (av såväl direkt som indirekt slag, dvs. löner, kostnader för administration, lagring, hyra, ränta, m.m.). Möjligheten att uppta det verkliga värdet i denna mening gör att även objektivt och tillförlitligt fastställbara, men mera *tillfälliga* värdeuppgångar kan beaktas (dvs. sådana värdeuppgångar som inte är tillräckligt bestående för att möjliggöra en uppskrivning). Dessutom gör avsaknaden av ett väsentlighetsrekvisit att även *mindre avvikelser* från det bokförda värdet kan redovisas i kontrollbalansräkningen, alltmedan en uppskrivning förutsätter en väsentlig avvikelse.

De största svårigheterna föreligger tvivelsutan vid tilllämpningen av *beståenderekvisitet.* Diskrepanserna mellan rekvisiten för uppskrivning och nettoförsäljningsvärdet torde i praktiken medföra, att en kontrollbalansräkning upprättas utan avseende på uppskrivningsmöjligheterna och uteslutande med iakttagande av de principer som ligger till grund för nettoförsäljningsvärderingen. (Inför EU-anpassningen av årsredovisningslagen förordade Redovisningsrådet, att uppskrivningsreglerna skulle ändras så att det framgick, att uppskrivning fick ske till det verkliga värdet. I detta uttalande torde ha inrymts ett övergivande av beståenderekvisitet. Se prop. 1995/96:10, del II s. 60. Förslaget befanns emellertid innebära en alltför omdanande ändring av uppskrivningsreglerna och genomfördes därför icke.) Särskilda svårigheter skapas av beståenderekvisitet i just den situation som nödvändiggör en kontrollbalansräkning.

För det fall i enlighet med vad som ovan anförts fortlevnadsprincipen icke kan tillämpas, uppkommer frågan om anläggningstillgångarnas nettoförsäljningsvärde kommer att skilja sig från det värde som kan beräknas vid en tillämpning av samma princip. I regel borde i vart fall bruttoförsäljningsvärdet bli detsamma i de

båda fallen, med reservation för att en hastig och samlad avveckling, t.ex. i en konkurs, kan medföra väsentligt lägre värden. Det är dessutom möjligt att de avvecklingskostnader som är hänförliga till anläggningstillgångarna ofta kan bli högre än motsvarande försäljningskostnader utan avveckling.

I vissa fall finns skäl att justera den ordinarie balansräkningen med belopp som motsvarar värdet för tillgångar som kostnadsförts i den löpande redovisningen. Av FAR:s vägledning för kontrollbalansräkning framgår, att detta t.ex. gäller inventarier med en *ekonomisk livslängd av högst tre år.* Sådana inventarier kostnadsförs regelmässigt på grund av gällande skatteregler. I många företag kan de årliga investeringarna i sådana tillgångar uppgå till betydande belopp. I en kontrollbalansräkning kan det på grund härav finnas skäl att beräkna ett planenligt restvärde för sådana tillgångar, allt förutsatt att beräkningen sker i enlighet med god redovisningssed (se om detta i SOU 1999:36 s. 94 f. och prop. 2000/01:150 s. 40). Beträffande uppskjuten skatt på grund av uppvärdering se prop. 2000/01:150 s. 41.

I det fall en anläggningstillgång inte ägs av bolaget, utan hyrs på grundval av t.ex. ett *leasingavtal*, skall i en särskild justeringspost anges det eventuella övervärde som finns i den hyrda tillgången beräknad som skillnaden mellan nettoförsäljningsvärdet och inlösenvärdet enligt avtal med t.ex. köpoption eller motsvarande.

Med iakttagande av försiktighet kan i vissa fall sådana värden som inte utgör tillgångar i den ordinarie balansräkningen aktiveras eller eljest upptas som tillgång i kontrollbalansräkningen (beträffande aktivering av utgifter, se ovan). En förutsättning härför är att "tillgången" har ett "påvisbart försäljningsvärde" (se prop. 2000/01:150 s. 40). Begreppet "tillgång" får på så sätt en vidare innebörd vid upprättandet av kontrollbalansräkningen än ordinarie balansräkning. Syftet härmed uppges vara, att skilja ut de företag som är "livsdugliga", dvs. som har ekonomiska förutsättningar att fortleva. Det säger sig självt, att ett sådant urskiljningsprocess ofta kan vara förenad med stora bedömningssvårigheter.

2. Kontrollbalansräkningen skall *inte* utgöra en *koncernredovisning*; den avser uteslutande bolaget självt. För det fall bolaget har *aktier i dotterbolag* eller andra intresseposter som utgör anläggningstillgångar, gäller generellt sett vad som ovan anförts beträffande värdering av sådana tillgångar. Av FAR:s vägledning för kontrollbalansräkning framgår emellertid, att balansposten "Aktier i dotterbolag" bör ägnas särskild uppmärksamhet. Härvid förutsätts att vid upprättandet av den ordinarie balansräkningen skall ett eventuellt nedskrivningsbehov avseende t.ex. goodwill beaktas. Vid upprättandet av kontrollbalansräkningen kan posten komma att justeras med hänsyn till att nettoförsäljningsvärdet är högre än bokfört värde. I speciella fall, t.ex. när dotterbolagets verksamhet är starkt integrerad med moderbolagets, kan det visa sig vara svårt att fastställa ett nettoförsäljningsvärde. I sådana fall förordas i vägledningen, att värdet av aktierna i dotterbolaget beräknas som värdet av moderbolagets andel i dotterbolagets egna kapital, vilket sedan är att beräkna enligt värderingsreglerna för en kontrollbalansräkning.
3. *Omsättningstillgångar* skall enligt årsredovisningslagen 4:9 upptas till det lägsta av anskaffningsvärdet och det verkliga värdet på balansdagen. Vissa särskilda värderingsregler gäller för pågående arbeten, varulager och tillgångar redovisade som en bestämd mängd och ett fast värde enligt årsredovisningslagen 4:10–12. Någon möjlighet till värdering under de angivna värdena ges inte. Med anskaffningsvärdet förstås – med undantag av vad som stadgas för varulager i årsredovisningslagen 4:11 – utgifterna för tillgångens förvärv eller tillverkning, inklusive skälig andel av indirekta kostnader, ränta, m.m. I princip skall anskaffningsvärdet beräknas på samma sätt som för anläggningstillgångar. Det verkliga värdet, eller marknadsvärdet, motsvarar det värde som en normal försäljning i den löpande verksamheten inbringar, dvs. nettoförsäljningsvärdet. Vid förekomsten av särskilda skäl, kan det verkliga värdet i stället bestämmas till återanskaffningsvärdet eller till annat värde som är förenligt med god redovisningssed och kravet på rättvisande bild. Härvid kan det ibland finnas skäl att göra

avdrag för inkurans. Om således den ordinarie balansräkningen upptar omsättningstillgångar till verkligt värde, dvs. nettoförsäljningsvärdet, saknas utrymme för uppjustering av värdet i kontrollbalansräkningen. För det fall den ordinarie balansräkningen i stället anger anskaffningsvärdet, kan ett högre nettoförsäljningsvärde upptas i kontrollbalansräkningen och differensen anges som justering.

4. För *varulagret* gäller enligt årsredovisningslagen som för övriga omsättningstillgångar att det skall upptas till det lägsta av anskaffningsvärdet och det verkliga värdet på balansdagen. Enligt årsredovisningslagen 4:11 ges särskilda föreskrifter om fastställandet av varulagrets anskaffningsvärde. Detta värde får beräknas enligt först-in-först-ut-principen, enligt vägda genomsnittspriser eller enligt någon annan liknande princip. Däremot får sist-in-först-ut-principen inte tilllämpas. För redovisningen av varulagret finns omfattande vägledning i form av Bokföringsnämndens anvisningar (BFNAR 2000:3) och Redovisningsrådets rekommendation RR 2, Redovisning av varulager. Detta gäller givetvis för den ordinarie balansräkningen. För *kontrollbalansräkningen skall justering ske om nettoförsäljningsvärdet* (med hithörande kostnader) *överstiger bokfört värde*. Om orsaken till kapitalbristen i bolaget är förluster på grund av att försäljningskostnaderna (inklusive kostnad för lagring, administration, m.m.) är större än försäljningsintäkterna, kan mera sällan en uppjustering av posten komma att ske i kontrollbalansräkningen. (Jfr FAR:s vägledning för kontrollbalansräkning.)
5. *Pågående arbeten* för annans räkning får enligt årsredovisningslagen i den ordinarie balansräkningen värderas till belopp som överstiger anskaffningsvärdet, om det finns särskilda skäl härför och det överensstämmer med god redovisningssed. Den möjlighet som bestämmelsen ger till s.k. *successiv resultatavräkning* (se härom bl.a. prop. 1995/96:10, del II s. 73 ff.) är alltså begränsad till arbete som utförs för annans räkning. Bestämmelsen är avsedd att lämna visst utrymme för sådan successiv resultatavräkning i bolag som bedriver olika slag av entreprenadverksamhet (se prop. 1995/96:10, del II s. 207). Vidare kan bestämmelsen bli tillämplig vid

olika former av konsultuppdrag. Rekvisiten för avräkningen har inte preciserats närmare, utan härvid har lagstiftaren förlitat sig på redovisningsrekommendationer, m.m. Vissa anvisningar ges emellertid i förarbetena (*op. cit.*). Bl.a. skall den totala kontraktssumman vara känd, det skall vara möjligt att beräkna den färdigställda delen av arbetet på ett tillförlitligt sätt och arbetet enligt kontraktet skall ha fortskridit i tillräcklig utsträckning. Den successiva resultatavräkningen skall också inrymma reserveringar för eventuella förluster så snart sådana blir kända. (Se vidare Redovisningsrådets rekommendationer RR 10 och RR 11.) En tillämpning av principerna för successiv resultatavräkning kan stundom ge anledning till justering av posten härför i den ordinarie balansräkningen, när en undervärdering av pågående arbeten av olika skäl skett däri.

6. *Utgifter för forskning och utveckling*, som inte aktiverats i den utsträckning som medges i årsredovisningslagen, kan upptas som immateriella anläggningstillgångar i kontrollbalansräkningen. Såsom påtalats ovan, är emellertid en stor försiktighet befogad, i synnerhet i samband med upprättandet av en kontrollbalansräkning och i beaktande av bolagets ofta prekära ekonomiska ställning, nedsatta finansieringsförmåga, svaga likviditet, m.m. när en sådan balansräkning aktualiseras. Enligt FAR:s vägledning för kontrollbalansräkning skall möjligheten till aktivering av ifrågavarande kostnader utnyttjas med *försiktighet* och begränsas till *uppenbara fall*. Redan enligt årsredovisningslagens bestämmelser för ordinarie balansräkning förutsätts, att de utgifter som aktiveras är av väsentligt värde för bolaget under kommande år (se även Bokföringsnämndens rekommendation R 1 om redovisning av forsknings- och utvecklingskostnader och Redovisningsrådets rekommendation R 15 om immateriella tillgångar). När de kostnader som nedlagts resulterat i en tillgång med ett påtagligt marknadsvärde, får denna upptas till nettoförsäljningsvärdet under vissa förutsättningar (se närmare FAR:s vägledning för kontrollbalansräkning under rubriken "Immateriella tillgångar", se även prop. 2000/01:150 s. 40). I beaktande av högstadomstolsavgörandet NJA 1993 s. 484 måste principerna för en aktivering av här aktuella kostnader

betecknas som osäkra, vilket i sig påkallar försiktighet (se om kommentarer till domen bl.a. Lindskog s. 221, fotnot 69, och i Balans nr 1/95 och 2/94 av Gometz och Söderlund).

7. En nedjustering av *skulder* aktualiseras sällan. Av ABL 13:13 framgår, att undantag görs för skuld till följd av statligt stöd med återbetalningsskyldighet som är beroende av bolagets ekonomiska ställning, förutsatt att skulden är försedd med en s.k. efterställningsklausul av innebörd, att staten står efter samtliga andra borgenärer vid konkurs eller likvidation. Enligt prop. 1982/83:94 s. 59 omfattar undantagsregeln inte bara stöd direkt från staten utan även stöd som lämnas via andra organ som fullgör uppgifter inom den statliga stödverksamheten, t.ex. Almi-koncernen bestående av ett statligt helägt moderbolag med regionala dotterbolag. Självfallet omfattar undantagsregeln inte sedvanliga skulder till statsägda bolag ej heller till kommunalägda bolag. Undantagsbestämmelsen omfattar ej heller andra skulder än sådana som är stödbetingade, även om sådana skulder försetts med efterställningsklausul (se härom SOU 1999:36 s. 96 f. och prop. 2000/01:150 s. 40 f. och 94). I Bokföringsnämndens vägledning om redovisning av statligt stöd (R 5) ges anvisningar om hur sådant stöd skall redovisas i den *ordinarie* balansräkningen.

Pensionsåtaganden som redovisats som skuld i den ordinarie balansräkningen måste också upptas i kontrollbalansräkningen i den mån åtagandena redovisas under delposten "Avsättningar för pensioner" och omfattas av tryggandelagens (1967:531) förbud mot minskning av denna delpost (7 §). Förutsatt att god redovisningssed så medger, kan i vissa fall pensionsåtaganden underlåtas att redovisas som skuld; i sådana fall kan de också utelämnas i kontrollbalansräkningen. I FAR:s rekommendationer m.m. i redovisningsfrågor nr 4 avseende redovisning av pensionsskuld och pensionskostnad finns närmare anvisningar om redovisningen av pensionsåtaganden som skuld respektive inom linjen som ansvarsförbindelse. Härvid anges bl.a. följande: "Årsredovisningslagen kräver icke att kapitalvärdet av pensionsåtaganden skall upptas som skuld i balansräkningen. Om så inte skett, skall enligt årsredo-

visningslagen de pensionsåtaganden som inte har upptagits bland skulderna och som inte heller har täckning i pensionsstiftelses förmögenhet tas upp som en separat post bland ansvarsförbindelserna. Det belopp som där skall tas upp skall utgöra den ej skuldförda delen av kapitalvärdet... Även om årsredovisningslagen således tillåter redovisning av pensionsåtaganden bland ansvarsförbindelser, anser FAR det synnerligen önskvärt att alla pensionsåtaganden, som inte har täckning i realstiftelsens förmögenhet eller i tecknad pensionsförsäkring, skuldföres." (I övrigt hänvisas till rekommendationen ifråga.)

Avgörande vid upprättandet av kontrollbalansräkningen blir vad som skall anses utgöra god redovisningssed i fråga om pensionsåtaganden. Är det t.ex. förenligt med god redovisningssed att redovisa pensionsåtagandena inom linjen som ansvarsförbindelser, kan således en justering ske av denna skuldpost i enlighet härmed, om åtagandena tidigare skuldförts (se prop. 2000/01:150 s. 42), allt under förutsättning att tryggandelagens minskningsförbud inte åsidosätts.

I allmänhet saknas skäl att vid kontrollbalansräkningens upprättande justera *skatteskulder.* Även om framtagandet av de s.k. dolda reserverna på grund av övervärden på tillgångarna (jämfört med bokförda värden) i en ordinarie balansräkning tekniskt sett skulle kunna ge upphov till skattepliktiga vinster vid realisering av tillgångarna, saknas i regel anledning att beakta sådana latenta skatteskulder vid upprättandet av en kontrollbalansräkning: "Latenta" vinster neutraliseras i regel av ackumulerade, avdragsgilla förluster (underskottsavdrag). Om i undantagsfall möjlighet skulle saknas till sådan neutralisering, måste skatteskulden beräknas. (Se härom SOU 1999:36 s. 97 f., ävensom FAR:s vägledning för kontrollbalansräkning under rubriken "Uppskjuten skatt". Vidare finns ibland skäl att beakta Redovisningsrådets rekommendation RR 3 om redovisning av fordringar och skulder med hänsyn till räntevillkor och dold räntekompensation.) Lagstadgandet (ABL 13:13, 3 st.) skall följaktligen läsas så, att obeskattade reserver skall delas upp på eget

kapital och uppskjuten skatteskuld, om en sådan skuld kan förutses (jfr prop. 2000/01:150 s. 42).

Såsom ovan anförts, skall skulder med efterställningsvillkor, förlagslån och liknande upptas som vanliga skulder. Endast om efterställningsvillkoret innebär, att skulden skall regleras först vid konkurs eller likvidation, och därvid i prioritet efter alla andra skulder, kan under vissa förutsättningar skulden utelämnas (se härom Lindskog s. 223 f., särskilt fotnot 84). Slutsatsen kan visserligen inte utan vidare förenas med den uttömmande karaktären av ABL 13:13, men synes ändå av ändamålsskäl befogad,. (Se dock nedan i IX.8.) Däremot får definitionsmässigt bortses ifrån ett villkorat aktieägartillskott eller liknande kapitaltillskott av andra än aktieägare. (Se även här Lindskog s. 224, särskilt fotnot 87.)

8. *Osäkra eller tvistiga fordringar och skulder* medför i allmänhet betydande redovisningssvårigheter. Grunden till osäkerheten är i allmänhet nedsatt betalningsförmåga eller manifesterad betalningsovilja. Otvistiga fordringar, som ursprungligen varit säkra, men på grund av nedsatt betalningsförmåga hos gäldenären blivit osäkra, måste självfallet ned- eller avskrivas i såväl den ordinarie balansräkningen som kontrollbalansräkningen. Beräkningen av hur stor del av fordringen som skall ned- eller avskrivas skall ske på grundval av såväl en rättslig som ekonomisk analys av betalningsförutsättningarna. Analysen skall vara objektivt grundad och leda till en realistisk värdering av fordringen i en samlad bedömning av bl.a. allvaret i betalningsoförmågan, risken för konkurs, prioritetsordning, rekonstruktionsalternativ, säkerheter, möjligheten till förlikning eller diskontering av fordringen, kvittningsgilla motfordringar, m.m. Beaktas bör också skatteeffekterna av den förlust som kan förväntas uppkomma genom ned- eller avskrivning. Tvistiga fordringar bör underkastas en liknande analys, måhända med större tonvikt på den rättsliga delen. Är fordringen föremål för rättsligt förfarande, måste säkerligen hänsyn tas till tidsutdräkten i ett allmänt domstolsförfarande och risken för nedsatt betalningsförmåga hos gäldenären under tiden, samtidigt som kostnadsexponeringen måste beaktas. Det säger sig självt att tvistiga fordringar, som är

föremål för rättsligt förfarande, allt som oftast är mycket osäkra och dessutom förenade med en risk för ett slutligt ansvar för betydande indrivnings- och förfarandekostnader. Endast undantagsvis kan sådana fordringar enligt min mening helt eller delvis upptas i balansräkningen.

Såvitt gäller skulderna är situationen i princip densamma, om än en osäker skuld självfallet inte kan ned- eller avskrivas i gäldenärens redovisning på grund av *dennes* nedsatta betalningsförmåga. Härför krävs ett avtal om förlikning, ackord, eller liknande.

Tvistiga skulder är däremot endast en spegelbild av tvistiga fordringarna. Bokföringsnämnden har uttalat sig (BFN U 88:11, Bokföring av tvistiga skulder) om hanteringen av sådana tvistiga skulder i den *löpande* bokföringen (utan att ta ställning till hur skulderna skall värderas i bokslutet), med den ytterligare förutsättningen, att skulden uppkommit genom avtal eller genom påstått avtal. Utgångspunkten är härvid att en skuld alltid skall bokföras, om tvisten rör beloppets storlek, kvaliteten på levererade varor eller tjänster eller liknande. Gäller tvisten skuldens existens över huvud, bör man endast vid *uppenbart grundlösa krav* kunna underlåta att bokföra skulden. Förutsättningen härför är enligt uttalandet, att det på grundval en objektiv och försiktig analys av rätts- och bevisläget kan bedömas, att det inte föreligger någon beaktansvärd risk för att gäldenären vid en prövning i domstol skall befinnas vara skyldig att betala det fordrade beloppet.

I allmänhet erfordras emellertid enligt den försiktighetsprincip som gäller på redovisningsområdet, att även tvistiga skulder skall bokföras löpande och avföras först när det står klart att det inte föreligger någon skuld eller att skulden eljest avvecklats. Som nämnts, inskränker sig uttalandet till den löpande bokföringen, men det är svårt att inse varför andra principer skulle bli tillämpliga vid värdering av skulderna i årsredovisningen. En tillämpning av en försiktighetsprincip skulle leda till att beträffande samma fordring (och skuld) borgenären inte kan uppta fordringen i sin balansräkning, samtidigt som gäldenären tvingas uppta hela skulden. Alternativet vore att borgenären upptar hela eller delar av fordringen och

i en särskild not anger reservation om osäkerheten. På motsvarande sätt skulle gäldenären kunna underlåta att ta upp hela eller delar av skulden och ange reservation i en not.

Vad som vid en tillämpning av försiktighetsprincipen utgör god redovisningssed är givetvis avhängigt av förhållandena *in casu*, men lämpligt är under alla omständigheter att grunda den slutliga värderingen på en externt tillhandahållen (och därigenom eventuellt mer objektiv) rättslig och ekonomisk analys. (Jfr Lindskogs resonemang s. 223). Det är dock svårt att inse varför försiktighetsprincipen skulle tilllämpas med större skärpa vid upprättandet av en kontrollbalansräkning än ordinarie balansräkning, som Lindskog tycks förorda. Lagtexten ger inget stöd för en sådan slutsats. Tillvägagångssättet är inte heller förenligt med den grundläggande principen för upprättandet av en kontrollbalansräkning, att utgångspunkten härvid skall vara den ordinarie balansräkningen med justeringar, vilka i allmänhet skall leda till en bättre ställning. Enligt min mening finns ingen principiell anledning av skilja mellan ordinarie balansräkning och kontrollbalansräkningen vad gäller hanteringen av tvistiga fordringar eller skulder.

Värderingen av fordringar kan icke sällan leda till hart när olösliga problem. För det fall t.ex. ett bolag till sitt moderbolag har lånat ut en större summa (i förhållande till dotterbolagets tillgångsmassa), måste värderingen av fordringen ske bl.a. mot bakgrund av moderbolagets betalningsförmåga, säkerheter, och en rad övriga omständigheter av svårbedömd karaktär. Moderbolagets betalningsförmåga kan i en sådan situation vara avhängigt av bl.a. värdet av dotterbolagsaktierna (se härom Nerep s. 90 ff.). Undantagsvis kan en analys visa, att moderbolaget saknar betalningsförmåga, varför fordringen bör skrivas av. Mera vanligt är emellertid att betalningsförmågan endast är nedsatt, vilket bl.a. kan visa sig i att skulden ej amorteras ned och räntan kapitaliseras. En nedskrivning av dotterbolagets fordring kan i ett sådant fall leda till faktisk kapitalbrist. Skäl att antaga sådan kapitalbrist bör därför föreligga redan när moderbolagets betalningsförmåga på ett påtagligt sätt är nedsatt utan att vara helt eliminerad. I vilken omfattning sedan nedskriv-

ning skall ske är ytterst svårbedömt. En icke helt oväsentlig observation i en sådan bedömning är följande: Om det antas att moderbolaget inom ett år eller två går i konkurs, blir det för dotterbolagets styrelse svårt att förklara, varför en nedskrivning av fordringen icke ägde rum, eller varför nedskrivningen inte blev mera omfattande (eller t.o.m. varför en avskrivning inte var motiverad).

Såsom har framgått ovan, medger ABL 13:13 på ett *uttömmande* sätt olika justeringar av poster i den ordinarie balansräkningen vid upprättandet av kontrollbalansräkningen. Iakttagandet av alltför stor försiktighet vid upprättandet av kontrollbalansräkningen kan skada bolagets borgenärer och aktieägare i så måtto, att en felaktig bild av bolagets faktiska ställning framställs, vilket kan leda till en onödig likvidation. Till skillnad från den ordinarie balansräkningen skall ju kontrollbalansräkningen icke "innehålla" s.k. dolda reserver. Styrelsen bör således se till kontrollbalansräkningens syfte och konsekvenserna av en undervärdering av tillgångar (övervärdering av skulder).

6. Revisors granskning av kontrollbalansräkningen

Av ABL 13:12 framgår att kontrollbalansräkningen skall granskas av bolagets revisor. Revisorns huvuduppgift är att granska och uttala sig i frågan, huruvida kontrollbalansräkningen upprättats enligt ABL 13:13. (Se emellertid SOU 1987:59 s. 114 f. och prop. 1990/91:198 s. 8, där syftet att förhindra antedaterade kontrollbalansräkningar framhävs, jfr Lindskog s. 225 fotnot 95.) Granskningen skall alltså vara inriktad på att kontrollera att kontrollbalansräkningen överensstämmer med ABL 13:13, såvitt gäller värderingar, justeringar m.m. Granskningen är på grund härav mera begränsad än revisionen av årsredovisningen och omfattar resultaträkningen och bolagsledningens förvaltning endast i den mån en sådan granskning har betydelse för kontrollbalansräkningen. Däremot finns knappast skäl att förmoda, att granskningen av kontrollbalansräkningen skall vara mindre *noggrann* än en granskning av en ordinarie balansräkning. I den vägledning om god sed vid upprät-

tandet av en kontrollbalansräkning som utfärdats av FAR:s Redovisningskommitté synes uppfattningen vara, att granskningen med hänsyn till kravet på skyndsamhet kan vara översiktlig. *I ABL saknas emellertid ett särskilt skyndsamhetskrav för revisorer.* Vad som stadgas i ABL 13:12 är att *styrelsen* "genast" skall upprätta och "låta" bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning. Det föreskrivs inte att bolagets revisor "genast" eller med särskild "skyndsamhet" skall granska kontrollbalansräkningen.

Nästa, eventuella åtgärd från styrelsens sida är att "snarast möjligt" utfärda kallelse till första kontrollstämman. Detta tidsrekvisit är i högsta grad relativt, och häri måste hänsyn tas till den tid som granskningen av kontrollbalansräkningen tar i anspråk. Det får hållas för visst, att kallelseskyldigheten enligt ABL 13:14 inte utlöses förrän bolagets revisor slutfört sin granskning av kontrollbalansräkningen. Av stadgandet framgår, att styrelsen "snarast möjligt" skall utfärda kallelse till den första kontrollstämman, om kontrollbalansräkningen "visar" att kapitalbrist föreligger. Det naturliga synes vara att denna situation endast kan uppkomma efter revisorns granskning, eljest vore denna föga meningsfull. Av propositionen (2000/01:150 s. 95) synes framgå, att tidsrekvisitet "snarast möjligt" skall beräknas från tidpunkten för revisorns slutförande av granskningen.

Rådrumsfristen om åtta månader räknas från den första kontrollstämman. Styrelsen kan knappast göras ansvarig för att bolagets revisor kräver tid för en noggrann granskning av kontrollbalansräkningen. En annan sak är om granskningen inte genomförs på grund av passivitet. I ett sådant fall kan möjligen påstås, att styrelsen inte gjort allt för att "låta" bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen.

I allmänhet behöver emellertid inte granskningen vara särskilt tidskrävande. Redan när styrelsen inleder arbetet med att upprätta en kontrollbalansräkning blir ofta bolagets revisor informerad därom och ges därför tillfälle att förbereda granskningen. Allt som oftast har revisorn medverkat i tidigare revisioner av bolagets årsredovisning, vilket givetvis är ägnat att underlätta granskningsarbetet. I regel är därför revisorn väl insatt i bolagets verksamhet och torde inte ha svårighet att bedöma orsakerna till bolagets ekonomiska situation. Varken rättspraxis eller

lagförarbeten ger stöd för att revisorns ansvar på grund av någon form av skyndsamhetskrav skulle vara mindre vid granskningen av en kontrollbalansräkning än vid revisionen i allmänhet. (Se dock Lindskog s. 226, som är av uppfattningen, att det "bör räcka med en mer översiktlig bedömning om inte särskilda skäl föranleder annat", varvid i en fotnot hänvisas till bl.a. ovannämnda rekommendation av FAR:s Redovisningskommitté.)

Granskningen skall således i princip vara lika noggrann som en revision av årsredovisningen, men å andra sidan mera begränsad till sin omfattning i det att den skall vara främst inriktad på värderingen av tillgångar och skulder enligt den grundläggande ordinarie balansräkningen och justeringarna enligt kontrollbalansräkningen. I granskningen kan, som utvecklats av FAR:s Redovisningskommitté, ingå intervjuer med personer i ledande ställning, analys av olika poster i ordinarie balansräkningen jämfört med justeringarna, prövning av värderingsintyg m.m. Ger ett sådant arbete ett för granskningen otillfredsställande resultat, kan granskningen givetvis komma att fördjupas i enskilda delar. I övrigt hänvisas till vägledningen om god sed vid upprättande av kontrollbalansräkningen utfärdad av FAR:s Redovisningskommitté.

7. Den första kontrollstämman

Såsom berörts ovan, skall det normalt kallas till styrelsemöte så snart det finns skäl att antaga, att bolaget har en sådan kapitalbrist att kontrollbalansräkning måste upprättas. Detta styrelsemöte syftar till att ge någon i uppdrag att genomföra det praktiska arbetet med upprättandet av kontrollbalansräkningen. När sedan arbetet slutförts och kontrollbalansräkning föreligger, skall styrelsen återigen sammankallas för att besluta om vidare åtgärder. Vid detta styrelsemöte kan förhållandena variera, bl.a. på följande sätt.

1. Kontrollbalansräkningen kan utvisa, att faktisk kapitalbrist *icke* föreligger. Detta oaktat är styrelsen skyldig, att "genast" *låta* bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen. Om revisorn kom-

mer till samma resultat som styrelsen, är några ytterligare åtgärder normalt sett icke erforderliga. Om styrelsen inte låter bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen, är situationen egentligen densamma, förutsatt att styrelsens bedömning är riktig. Underlåtenheten att låta revisorn granska kontrollbalansräkningen är således inte sanktionerad genom presumtionsansvaret för nya förpliktelser, om *faktisk* kapitalbrist inte föreligger. Risken med ett sådant beslut är självfallet, att revisorn kan komma att vara av *annan* mening. Har däremot upprättandet av kontrollbalansräkningen föranletts av ett resultatlöst utmätningsförsök, är styrelsen skyldig att låta bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen. Det saknar härvid betydelse, om faktisk kapitalbrist inte föreligger, se särskilt ABL 13:17, 4 st., första meningen, som endast hänvisar till ABL 13:12, 1 p.

I en eventuell ansvarsprocess mot styrelseledamöterna uppkommer knappast frågan, vad en granskning av bolagets revisor – hypotetiskt sett – hade resulterat i, utan fastmera huruvida kontrollbalansräkningen står i överensstämmelse med god redovisningssed och vad som i övrigt är stadgat om kontrollbalansräkningen i ABL. På samma sätt som när kontrollbalansräkning alls ej upprättas, eller en sådan upprättas men är felaktig, kan en utebliven granskning av kontrollbalansräkningen inte leda till annat än att den som inom ramen för en ansvarsprocess påstår, att faktisk kapitalbrist förelåg vid en viss tidpunkt, också har bevisbördan härför (av annan mening synes Lindskog s. 226 vara, varvid stödet för Lindskogs uppfattning återigen är exculperingsregeln; om denna regels betydelse för bevisbördan, se ovan). En utebliven granskning kan knappast ändra på det förhållandet att kapitalbrist – *de facto* – icke förelåg (eller förelåg). Det är å andra sidan förståeligt om styrelsen under alla förhållanden låter bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen, främst för att inte löpa risken att bli ansvarig för nya förpliktelser (se härom nedan).

2. Såsom redan berörts, för det fall upprättandet av kontrollbalansräkningen har föranletts av ett resultatlöst utmätningsförsök, saknar det betydelse att balansräkningen inte utvisar faktisk kapitalbrist; styrelsen måste trots detta låta bolagets revisor granska kontrollba-

lansräkningen. Om så icke sker, blir ABL 13:17, 1 st., 1 p. tillämplig, dvs. styrelseledamöterna blir personligen och solidariskt ansvariga för de förpliktelser som uppkommer under underlåtenhetstiden. Det bör härvid beaktas, att betalningsansvaret för uppkommande förpliktelser endast avbryts, om styrelsen tar nästa steg i processen, nämligen "sammankallar" en första kontrollstämma. Sker inte ett sådant sammankallande, föreligger alternativet att ansöka om likvidation eller i övrigt enligt ABL 13:19 tillse, att betalningsansvaret upphör. Den praktiska betydelsen av det nu sagda får emellertid anses vara begränsad, med hänsyn till att de flesta bolag som utsatts för ett resultatlöst utmätningsförsök sannolikt inom kort försätts i konkurs.

3. Om kontrollbalansräkningen utvisar (faktisk) kapitalbrist, har styrelsen att "genast" låta revisor granska kontrollbalansräkningen. Beroende på den tid som revisorn beräknar att granskningen tar i anspråk, kan styrelsen sedan vid samma möte förbereda de vidare åtgärderna, t.ex. kalla till en första kontrollstämma.
4. Det kan också givetvis förhålla sig så, att kontrollbalansräkningen upprättats och genast underkastats revisorns granskning på uppdrag av styrelseordföranden (genom delegation), varför styrelsen har att ta ställning till en granskad kontrollbalansräkning. I undantagsfall kan härvid förekomma, att revisorn genom granskningen nått slutsatsen, att faktisk kapitalbrist *icke* föreligger, i strid med den preliminära uppskattningen. Styrelsen handlingsalternativ är härvid bl.a. att låta saken bero med denna slutsats och sålunda inte vidta ytterligare åtgärder, att låta upprätta ny kontrollbalansräkning och låta revisorn göra förnyad granskning, eller oberoende av revisorns slutsats välja att kalla till första kontrollstämman, som om faktisk kapitalbrist förelåg.
5. Såsom lagtexten i ABL 13:17, 4 st., andra meningen, är utformad, erbjuds ytterligare en möjlighet. Innan kontrollbalansräkningen slutligt upprättats, kan styrelsen på det ena eller andra sättet låta förstärka bolagets egna kapital (genom att tillse att aktieägarna gör ett tillskott, genom att åberopa en s.k. kapitaltäckningsgaranti, genom att få till stånd en eftergift av fordringar hos bolaget, etc.).

Om den slutligt upprättade kontrollbalansräkningen på grund av sådana åtgärder visar, att bolagets egna kapital *motsvarar eller överstiger hälften* av det registrerade aktiekapitalet, undviker styrelsen härigenom skyldigheten att utfärda kallelse till en första kontrollstämma.. Det bör observeras, att sådana korrigerande åtgärder endast skall vara ägnade att tillse, att bolagets egna kapital icke understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet (dvs. det egna kapitalet kan vara lika med eller överstiga det registrerade aktiekapitalet).

Det nu sagda ligger inte helt i linje med vad som uttalas av Aktiebolagskommittén (i SOU 1999:36 s. 112): "För att undgå den omgång som en bolagsstämma innebär krävs att bolagets finansiella situation omedelbart förstärks så att aktiekapitalet är täckt åtminstone till hälften redan vid tiden för styrelsens prövning av om den skall kalla till bolagsstämma. Det kan ske exempelvis genom ett aktieägartillskott." Kravet på "omedelbar" förstärkning enligt uttalandet är inte lagreglerat, utan får ses som kommitténs syn på åtgärdens brådskande karaktär. Aktiebolagskommitténs utgångspunkt synes således vara, att den ifrågavarande kapitaltäckningen kan ske *intill den tidpunkt då styrelsen har skyldighet att utfärda kallelse till den första bolagsstämman*. Med hänsyn till att revisorns granskningstid inte är lagreglerad, skulle ett sådant synsätt innebära en betydligt mera långtgående möjlighet till kapitaltäckning än den som kommit till uttryck i ABL 13:17, 4 st., andra meningen. Om med det slutliga upprättandet av kontrollbalansräkningen avses uppfyllandet av styrelsens skyldighet att upprätta balansräkningen, vilket synes rimligt, innebär Aktiebolagskommitténs uttalande, att en kapitaltäckning av ifrågavarande slag möjliggörs härutöver *under hela granskningstiden*. Ett sådant synsätt skulle också överensstämma med NJA 1942 s. 696 (jfr Nial i SvJT 1943 s. 704). I propositionen (2000/01:150 s. 49 f.) synes emellertid den uppfattningen tillkännages, att den aktuella kapitaltäckningen ("återhämtningen") endast kan ske fram till den tidpunkt då kontrollbalansräkningen *senast skall vara upprättad* av styrelsen.

Om kapitaltäckningen sker därefter, gäller principerna för *full kapitaltäckning* enligt ABL 13:15–16.

Författningskommentaren i propositionen till ABL 13:14 (s. 95) ger emellertid ett motsägelsefullt intryck. I redovisningen av olika situationer av kapitaltäckning uttalas följande: Om kapitaltäckning sker till den grad att det egna kapitalet inte motsvarar det registrerade aktiekapitalet men ändå överstiger minst hälften därav, och detta "beror på ny information om bolagets ekonomiska förhållanden vid tidpunkten för kallelsen till kontrollstämma, behöver några ytterligare åtgärder inte vidtas". Uttalandet antyder, att kapitaltäckning kan ske intill den rätta tidpunkten för kallelse till kontrollstämman, och således att hela granskningstiden står till styrelsens förfogande för kapitaltäckning. Eftersom granskningstiden inte är lagreglerad, medför det sagda att styrelsen ges ett betydande, utökat utrymme för kapitaltäckning. Slutsatsen förstärks av det efterföljande konstaterandet i författningskommentaren, nämligen att i en sådan situation hade styrelsen inte "behövt sammankalla någon kontrollstämma, om den redan från början hade haft tillgång till ett korrekt beslutsunderlag." Rättsläget får på grund av de motstridiga uttalandena i propositionen betraktas som oklart.

Visar den upprättade kontrollbalansräkningen, att faktisk kapitalbrist föreligger, finns således skäl att besluta om att kalla till den första kontrollstämman, samtidigt som bolagets revisor ges i uppdrag att granska kontrollbalansräkningen. Tiden för kallelsen kan sedan anpassas till granskningsarbetet. Eftersom ABL 13:14 stadgar, att styrelsen "snarast möjligt" skall utfärda kallelse till första kontrollstämman, regleras endast tidsfristen mellan den *granskade* kontrollbalansräkningen, som visar (faktisk) kapitalbrist, och *utfärdandet* av kallelsen. Såvitt gäller tiden för själva första kontrollstämman, sedan kallelse utfärdats, är primärt ABL 9:13–15 och tilläggsföreskrifter härom i bolagsordningen tillämpliga. Det är på grund härav fullt möjligt att den första kontrollstämman äger rum inom sex veckor från tidpunkten för utfärdandet av kallelsen. Till dessa sex veckor (maximalt) skall läggas den tidsfrist som ryms inom rekvisitet "snarast möjligt", vilken tidsfrist således skall

utgå ifrån den granskade kontrollbalansräkningen (som uppvisar faktisk kapitalbrist).

Enligt den tidigare lydelsen av ABL 13:2 ålåg det styrelsen att "snarast möjligt till bolagsstämma hänskjuta frågan om bolaget skall träda i likvidation". Att "hänskjuta" en fråga till bolagsstämman, innebär uppenbarligen någonting mer än att utfärda en kallelse, i vilken denna fråga upptas. Med "hänskjuta" får avses såväl utfärdandet av en kallelse, innehållande denna fråga, som det faktiska hänskjutandet vid själva bolagsstämman. Att "hänskjuta" innebär således att lägga fram en fråga på bolagsstämman. I och med att bestämmelsens ordalydelse ändrades år 2001, så att det i stället numera åligger styrelsen att "snarast möjligt" utfärda en kallelse, får tidsfristen mellan den granskade, upprättade kontrollbalansräkningen med konstaterad, faktisk kapitalbrist och den första kontrollstämman anses ha förlängts med kallelsefristen upp till sex veckor.

Såsom ovan påtalats, kan styrelsen vidta korrigerande åtgärder ända fram till dess kontrollbalansräkningen upprättats. När granskningen slutförts, föreligger den situation som regleras i ABL 13:14, dvs. styrelsen har att utfärda kallelse till första kontrollstämman, *om* kontrollbalansräkningen visar att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. Är så inte fallet, är styrelsen självfallet inte skyldig att utfärda en kallelse. I motsatt fall återigen måste styrelsen utfärda en kallelse, och här gäller en kompletterande regel enligt ABL 13:15: "Om den kontrollbalansräkning som lagts fram vid den första kontrollstämman inte utvisar att det egna kapitalet, beräknat enligt 13 §, vid tiden för stämman uppgick till minst det registrerade aktiekapitalet", följer därav ytterligare skyldigheter. För att dessa skyldigheter skall undvikas, förutsätter således lagen att *hela det registrerade aktiekapitalet är "täckt" av eget kapital.* Det styrelsemöte under vilket det skall beslutas om ytterligare åtgärder på grundval av en upprättad och granskad, eller ännu ej granskad, kontrollbalansräkning, som uppvisar en faktisk kapitalbrist, är följaktligen *kritiskt* för styrelsens vidare skyldigheter enligt ABL 13 kap.

Följaktligen gäller, att efter den tidpunkt då den första kontrollbalansräkningen *senast skulle ha upprättats*, och således före tidpunkten för

den lagstadgade granskningen, eller – enligt vad ovan har diskuterats, och mera sannolikt – efter fullgjord granskning men före rättidig kallelse till den första kontrollstämman, övergår kapitaltäckningskravet från att vara minst 50 % till att bli minst 100 % av det registrerade aktiekapitalet. *Bevisbördan* för att kapitaltäckning skett åvilar dem som kan bli betalningsansvariga om åtgärder ej vidtagits i tid (jfr prop. 2000/01:150 s. 50 och 100).

Vad som i tid räknat skall utgöra "snarast möjligt", får väl relateras till vad som är praktiskt möjligt för en styrelse i det enskilda bolaget. Variationsrikedomen är tvivelsutan stor, men några enskildheter kan kommenteras. Sedan kontrollbalansräkningen upprättats och *granskats* av bolagets revisor, och förutsatt att kontrollbalansräkningen uppvisar faktisk kapitalbrist, skall således styrelsen snarast möjligt utfärda kallelse till första kontrollstämman. Situationen kan emellertid gestalta sig så, att styrelsen kan ha upprättat kontrollbalansräkningen före den lagstadgade tidsfristens utgång ("genast"). Styrelsen kan därefter ha lämnat kontrollbalansräkningen till bolagets revisor för granskning. Sker en kapitaltäckning därefter, men innan styrelsen enligt tidsrekvisitet "genast" borde ha upprättat kontrollbalansräkningen, skall även den kapitaltäckningen vara utslagsgivande. Under sådana förhållanden saknar styrelsen skäl att utfärda kallelse till första kontrollstämman.

Ett beslut om kallelse torde erfordra ett styrelsemöte, eller ett tidigare styrelsemöte på vilket det beslutats att till t.ex. ordföranden delegera uppgiften att kalla till den första kontrollstämman. Kallelsen skall sedan förberedas, den skall utformas på lagstadgat sätt och i enlighet med bolagsordningen. Om kallelse ändå skulle ha skett till en ordinarie bolagsstämma, är det givetvis lämpligast att ärendet upptas på denna stämma. Återstår det en längre tid innan kallelse till den ordinarie bolagsstämman kan utfärdas, måste en avvägning ske mellan vad som erfordras för att kalla till extra bolagsstämma, med de olägenheter detta kan innebära, och återstoden av tiden intill kallelsen av den ordinarie stämman (jfr RH 1989:43). Härvid måste givetvis skillnad göras mellan aktiebolag med få delägare och bolag med en stor ägarspridning. Eftersom lejonparten av de svenska aktiebolagen utgörs av en- eller fåmansbolag, kan förutsättas, att kallelse skall ske till extra bolagsstämma i det

allra flesta fall, utom i det fall där den ordinarie bolagsstämman är mycket nära förestående och kallelse till denna kan utvidgas till att omfatta likvidationsärendet (se härtill Lindskog s. 227).

Oavsett om fråga är om extra eller ordinarie bolagsstämma, torde tidsfristen mellan situationen som regleras i ABL 13:14, dvs. förekomsten av en upprättad och granskad kontrollbalansräkning med faktisk kapitalbrist, och den första kontrollstämman, sällan kunna överskrida åtta veckor (inklusive den maximala kallelsefristen om sex veckor). Tidsfristen "snarast möjligt" skulle därmed normalt omfatta cirka två till tre veckor. Av skyldigheten att utfärda en kallelse får anses följa, att kallelsen skall vara lagenlig och korrekt, så att den blir effektiv. Om kallelsen är utformad så, eller utfärdad vid en sådan tid, att den första kontrollstämman inte kan hållas, eller de beslut som tas därvid inte kan äga giltighet, har styrelsen inte fullgjort sin skyldighet (jfr Lindskog s. 227 fotnot 103).

Kallelsen till den första kontrollstämman skall ange det huvudsakliga innehållet i styrelsens förslag till beslut i frågan om bolaget skall träda i likvidation (ABL 13:4). Såvitt avser förslaget till beslut, beslutsunderlag, kallelsens innehåll, m.m. skall de allmänna bestämmelserna i ABL 13:2–5 iakttas. På den första kontrollstämman skall styrelsens förslag läggas fram tillsammans med den granskade kontrollbalansräkningen. Såsom påpekats av Aktiebolagskommittén (se SOU 1999:36 s. 112, jfr prop. 2000/01:150 s. 95) är det praktiskt uteslutet, att kontrollbalansräkningen kan avse bolagets ställning såsom denna gestaltar sig på själva stämmodagen. Däremot kan krävas, att kontrollbalansräkningen så nära inpå stämman som möjligt justeras på olika punkter, så att balansräkningen i görligaste mån speglar de faktiska förhållandena på stämmodagen. Har sedan en första kontrollbalansräkning upprättats, ändringar skett i vad avser bolagets tillgångar eller skulder, skall såvitt möjligt sådana ändringar återspeglas i kontrollbalansräkningen.

Hänvisningen till ABL 13:5 innebär att styrelsen är skyldig att inför den första kontrollstämman avge en redogörelse för de omständigheter som kan vara av vikt vid prövning av frågan om bolaget skall träda i likvidation eller icke, vilka alternativ till likvidation som finns (aktieägar-

tillskott, nyemission till överkurs, etc.) och vilket ekonomiskt utbyte aktieägarna kan få av en likvidation av bolaget.

Vid den första kontrollstämman kan saken naturligtvis gestalta sig sålunda, att åtgärder ägnade att korrigera bolagets ekonomiska ställning genomförts i så stor utsträckning, att det egna kapitalet till ett minimum täcker det registrerade aktiekapitalet. I ett sådant fall har stämman att konstatera denna kapitaltäckning, och ytterligare åtgärder blir inte nödvändiga (jfr prop. 2000/01:150 s. 94 f.). Den lagstadgade åttamånadersfristen kommer härigenom alls icke att aktualiseras. Det sagda framgår av ordalydelsen i ABL 13:15; ytterligare åtgärder är icke erforderliga om full kapitaltäckning föreligger. I motsatt fall, vilket torde vara det normala, har stämman att på grundval av det av styrelsen tillhandahållna beslutsunderlaget, förslaget till beslut, m.m. att ta ställning till styrelsens förslag, alternativa förslag, etc.

I SOU 1999:36 s. 112 f. (jfr prop. 2000/01:150 s. 94 f.) uttalas, att bolagsstämmans ställningstagande till de olika förslagen som framlagts skall ske i beaktande av en "justerad" kontrollbalansräkning – justerad i förhållande till den kontrollbalansräkning som behandlats av styrelsen och granskats av bolagets revisor enligt vad ovan anförts – för att så långt möjligt beakta det faktiska ekonomiska läget för bolaget. Häremot finns ingenting att invända. I anslutning till detta uttalande för emellertid kommittén följande resonemang: "Antag att den justerade kontrollbalansräkningen visar att aktiekapitalet inte är helt täckt men dock täckt till mer än hälften. Om justeringarna avser poster som upptagits redan i den kontrollbalansräkning som styrelsen behandlat, framstår åtgärden att kalla till en första kontrollstämma närmast som ett misstag och då torde en andra kontrollstämma inte behöva sammankallas."

Om avsikten härmed är att påtala, att utfärdandet av kallelsen till den första kontrollstämman var onödig i beaktande av att *vid utfärdandetidpunkten* (eller t.o.m. dessförinnan, se diskussionen ovan) faktisk kapitalbrist icke förelåg, vilket justeringarna av kontrollbalansräkningen sedermera visat, är uttalandet okontroversiellt. Alla åtgärder i det aktuella regelkomplexet förutsätter faktisk kapitalbrist (med undantag av vad som följer av ett resultatlöst utmätningsförsök). Det citerade resonemanget antyder emellertid någonting ytterligare, nämligen att även

senare – dvs. efter utfärdandet av kallelsen – inträffade förhållanden, som vid stämman utvisar att faktisk kapitalbrist icke föreligger vid *stämmotidpunkten*, skulle medföra att kallelsen till stämman är ett misstag. Detta kan inte vara riktigt. (I prop. 2000/01:150 s. 95 har detta uppmärksammats.) Den slutliga utformningen av ABL 13:15 ger klart besked om att vid den första kontrollstämman skall *full* kapitaltäckning ha skett för att ytterligare åtgärder skall visa sig vara onödiga.

Det är inte stämmans uppgift att godkänna eller fastställa kontrollbalansräkningen, utan denna har endast till funktion att vara underlag för stämmans prövning av olika förslag i anledning av bolagets ekonomiska ställning. Stämman kan självfallet besluta om att bolaget skall likvideras, varvid fråga blir om en frivillig likvidation med tillämpning av bestämmelserna härom i ABL 13 kap. Beslutar stämman att avvakta med likvidationsbeslut, *börjar åttamånadersfristen att löpa* från stämmodagen.. Även beslut om en frivillig likvidation på den första kontrollstämman får förutsättas bli verkställt inom åttamånadersfristen. Om en första kontrollstämma överhuvudtaget inte hålls, skall åttamånadersfristen beräknas från den tidpunkten den *borde* ha hållits enligt bestämmelserna i ABL 13 kap. Detsamma gäller när den första kontrollstämman hålls för sent vid en tillämpning av bestämmelserna ifråga, oavsett om förseningen beror på att kallelsen utfärdas eller att kontrollbalansräkningen upprättats för sent, att styrelsen för sent behandlat kontrollbalansräkningen, eller att granskningen av kontrollbalansräkningen tagit alltför lång tid i anspråk (oavsett att tidsfristen härför inte lagreglerats) på grund av revisors passivitet och styrelsens underlåtenhet att påskynda granskningsarbetet. Åttamånadersfristen börjar också löpa oberoende av om den första kontrollstämman faktiskt kunnat hållas enligt en rättidig kallelse. Det torde inte vara helt ovanligt att aktieägarna överhuvudtaget inte besöker stämman, i vilket fall åttamånadersfristen får anses börja löpa från den i kallelsen angivna stämmotidpunkten. Å andra sidan kan saken också förhålla sig så, att den första kontrollstämman hålls långt tidigare än vad bestämmelserna ger utrymme för, och i sådana fall beräknas åttamånadersfristen från den *faktiska* stämmotidpunkten.

Vid den första kontrollstämman finns således all anledning att tillse, att aktieägarna och bolagsledningen till grund för beslutsfattandet ges ett rättsligt perspektiv på betydelsen av denna stämma. Det kan t.ex. vara lämpligt att styrelsen redovisar de skäl som funnits till antagande, att faktisk kapitalbrist föreligger, hur snart därefter styrelsen lät upprätta en första kontrollbalansräkning, vilka åtgärder styrelsen därefter vidtagit med avseende på genomgång av densamma, justeringarna av tillgångs- och skuldposter i kontrollbalansräkningen i förhållande till ordinarie balansräkning, värderingen av tillgångar och skulder, granskningen, etc. i syfte bl.a. att fastställa, huruvida den första kontrollstämman bildar utgångspunkt för åttamånadersfristen, eller om den skall räknas från ett tidigare datum på grund av att de lagstadgade åtgärderna vidtagits för sent.

Åttamånadersfristen skall härigenom också sättas in i ett längre tidsperspektiv av mera oprecis karaktär: Fristen är i själva verket en förlängning av en tidsaxel som börjar med rekvisitet "skäl att antaga" och tidsfristen "genast", sedan revisors granskning, som följs av "snarast möjligt" och en kallelsetid fram till den första kontrollstämman. Från rättssäkerhetssynpunkt hade det naturligen varit en klar fördel, om den oprecisa delen av tidsaxeln ersatts av en bestämd tidsfrist om t.ex. två månader, så att t.ex. en tiomånadersfrist hade löpt från utgångspunkten "skäl att antaga". Samtidigt är det lätt att förstå att variationen i vad avser aktiebolagens verksamhet, omfattning, komplexitet, m.m. kräver en större flexibilitet.

Vid den första kontrollstämman kan förekomma delade meningar i en lång rad sakfrågor som har med de ifrågavarande likvidationsbestämmelserna att göra. Aktieägarna kan ha olika uppfattningar om kontrollbalansräkningen, om värderingen av olika tillgångar, om det som framtagits i form av kontrollbalansräkning och den efterföljande granskningen duger som beslutsunderlag, etc. Självfallet kan också bolagsledningen och aktieägarna ha kolliderande ståndpunkter. Beslut kan vidare av olika skäl skjutas upp med hänvisning till t.ex. brister i beslutsunderlaget. Sådana omständigheter, eller det förhållandet att beslut inte kan fattas i relevanta frågor, ändrar inte på tidpunkten för åttamånadersfristens inledning, nämligen dagen för den första kontroll-

stämman, eller den dag då den första kontrollstämman *borde* ha ägt rum vid en tidigare tidpunkt (jfr Lindskog s. 230 f.). Aktieägarna och bolagsledningen kan inte genom meningsskiljaktigheter – verkliga eller fiktiva – disponera över frågan om åttamånadersfristens inledning; det grundläggande borgenärsskyddet måste upprätthållas oberoende därav.

8. Kapitaltäckningen

Fristen om åtta månader från den första kontrollstämman är avsedd att ge bolaget och dess ägare visst rådrum (därför också betecknad som "rådrumsfristen"). Visar den första kontrollbalansräkningen som läggs fram på den första kontrollstämman, att bolagets egna kapital understiger hälften av aktiekapitalet (faktisk kapitalbrist), föreligger enligt ABL 13:15 två alternativ: Ett är att besluta om likvidation och därefter verkställa beslutet i den ordning som föreskrivs i ABL 13 kap., det andra är att åtgärda kapitalbristen, så att det egna kapitalet uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet. Det förhållandet att kapitalbristen åtgärdats skall framgå av en *ny* kontrollbalansräkning (kontrollbalansräkning 2). ABL ger således bolaget och dess ägare åtta månader att åtgärda bolagets kapitalbrist.

Metoderna att åtgärda kapitalbristen varierar och kan kombineras på olika sätt. Till de vanligaste hör följande:

1. Tillskott av aktieägare eller annan.
2. Eftergift av fordring av aktieägare eller annan (också ofta betecknad som tillskott).
3. Nedsättning av aktiekapitalet.
4. Nyemission till överkurs.
5. En kombination av två eller flera av 1–4.

Ett ytterligare omdiskuterat instrument för kapitaltäckningen är den s.k. kapitaltäckningsgarantin. Till de rättsliga effekterna av en sådan garanti återkommer framställningen nedan.

De ovan berörda fyra kapitaltäckningsmetoderna kan i sig variera starkt och kombineras med varandra. Ingenting hindrar således att en och samma kapitaltäckning sker medelst begagnandet av samtliga metoder i kombination. Syftet med varje enskild metod är självfallet att skapa den relation mellan bolagets egna kapital och dess registrerade aktiekapital som ABL 13:15 förutsätter, dvs. minst hundraprocentig täckning. Medlet är att antingen öka bolagets aktivsida med ytterliga tillgångar, minska dess passivsida genom att reducera skulderna eller direkt ändra relationen mellan det egna kapitalet och registrerat aktiekapital genom nedsättning av aktiekapitalet eller genom tillskott till överkurs. I det följande skall varje sådan metod granskas något närmare.

1. Vad först gäller tillskott genom ökning av bolagets aktivsida är det klart, att det saknar betydelse varifrån tillskottet emanerar. Visserligen får det normala anses vara att bolagets ägare svarar för tillskottet, och långt mindre vanligt att någon annan skulle ha intresse av att tillskjuta egendom, men aktiebolagsrättsligt ställs inga krav på givarens identitet; däremot ställs givetvis krav på tillskottets innehåll. Såsom vid varje tillskott i samband med bolagsbildningen eller tillskottsemissioner, och framför allt apportemissioner, måste tillskottet värderas så att tillskottets verkliga värde (från bolagets synpunkt) fastställs. Kontanttillskott orsakar härvid sällan svårigheter. Tillskott i annan form måste värderas särskilt enligt sedvanliga värderingsprinciper. En övervärdering kan få till följd att faktisk kapitaltäckning icke skett och därmed utlösa personligt betalningsansvar enligt ABL 13:17–18 på samma sätt som övervärdering vid upprättandet av en första kontrollbalansräkning. (Se den förtjänstfulla analysen av Prytz och Tamm, Tillskott utan aktieteckning.)

   Ett tillskott kan vara ovillkorat eller förenat med olika villkor. Är tillskottet ovillkorat, föreligger uteslutande en värderingsfråga. Vid villkorade tillskott måste emellertid även villkoret prövas och bedömas. Vid aktiekapitalbildning finns särskilda begränsningar om villkor i ABL 2:5 och 4:6 jämfört med 4:8, sista stycket. Sådana i ABL stadgade begränsningar saknas emellertid för tillskott avsett

att höja det egna kapitalet utan att påverka aktiekapitalet. Villkor med varierande innehåll kan därför förekomma. Det immanenta kravet på att tillskottet skall innebära en ökning av bolagets tillgångar och därmed dess egna kapital, om syftet med kapitaltäckningen skall uppnås, medför emellertid att vissa villkor inte är ägnade att uppnå syftet. Så t.ex. kan ett tillskott med en återbetalningsskyldighet för bolaget icke ha någon kapitaltäckningseffekt: Fråga är om ett lån, varvid bolagets tillgångar ökar med samma belopp som skulderna. Om sedan återbetalningsskyldigheten endast är partiell, gäller detta också tillskottet; den delen av tillskottet som inte belastas av återbetalningsskyldighet (nettot) är således reellt. Även om lånet förenats med s.k. efterställningsvillkor, skall det i princip upptas som en skuld till fulla beloppet. I regel torde efterställningsvillkoret innebära, att den fordring som lånet ger upphov till skall efterställas alla andra – eller vissa andra – fordringar hos bolaget. Likväl skall lånebeloppet redovisas som en skuld. (Se härom bl.a. Lindskog s. 223 med vidare hänvisningar i fotnot 83 och senast i prop. 2000/01:150 s. 41. Jfr NJA 1988 s. 620.)

I undantagsfall kan emellertid efterställningsvillkoret vara sådant att det visserligen i den ordinarie balansräkningen medför, att lånet redovisas som en skuld, men att i kontrollbalansräkningen skulden över huvud ej upptas, eller redovisas till ett lägre värde. En första förutsättning härför är enligt ABL 13:13, att de värderingsprinciper som används härvid "är förenliga med god redovisningssed". Begreppet "god redovisningssed" saknar emellertid i detta sammanhang – och som ofta eljest – precision. Naturligt är dock att sluta sig till att även andra skulder än sådana som avser statligt stöd (jfr ABL 13:13, 3 p.), enligt vilka återbetalningsskyldigheten är knuten till bolagets ekonomiska ställning och utlöses först vid konkurs eller likvidation, sedan övriga skulder reglerats, kan negligeras i en kontrollbalansräkning. Från redovisningssynpunkt kan en diskriminering härutinnan icke anses vara motiverad (se dock prop. 2000/01:150 s. 41). I kontrollbalansräkningen saknas skäl att göra skillnad mellan statliga och icke-statliga fordringar förenade med

efterställningsvillkor. En annan sak – som redan berörts – är att skulden redovisas i den ordinarie balansräkningen. (Se emellertid prop. 1982/83:94 s. 59 f. och prop. 2000/01:150 s. 41, där ståndpunkten synes vara, att en sådan redovisningsteknisk olikabehandling är fullt möjlig. Jfr SOU 1999:36 s. 97.)

Möjligheten till olikabehandling saknar emellertid klart och uttryckligt stöd i lagtexten. Visserligen är regleringen i ABL 13:13 avsedd att vara uttömmande såvitt gäller justeringsposterna, och till yttermera visso finns en särreglering om statligt stöd i 3 p., men i 1 p. ges trots detta utrymme för en nedjustering av skulder. Ett stöd för en likabehandling finns dessutom åtminstone antydningsvis i NJA 1988 s. 620 (jfr Lindskog s. 224). I propositionens allmänna del (2000/01:150 s. 41) är emellertid inställningen kritisk till att låta andra efterställda fordringar, än sådana som lämnats av staten, uteslutas som skulder ur kontrollbalansräkningen. Särskilt framhålls risken för att bolaget närstående personer genom kortfristiga lån till bolaget skulle kunna skjuta nödvändiga avvecklingsåtgärder på framtiden, samtidigt som bolagets reglering av skulden inte skulle vara underkastad aktiebolagslagens utbetalningsbegränsningar. Risken för en sådan hantering skall visserligen inte underskattas, men borde ges tillfälle att bedömas från fall till fall, med särskiljande av de mera affärsmässiga transaktionerna.

Bedömningen av ett efterställningsvillkor borde följaktligen *in casu* ske på grundval av lagregleringens borgenärsskyddssyfte. Om den efterställda fordringen inte konkurrerar med övriga fordringar hos bolaget – och kanske ej ens med aktieägarnas krav – och dessutom ej kan göras gällande förrän i samband med likvidation eller konkurs, torde det borgenärsskyddssyfte som ligger till grund för här aktuella regler utan vidare kunna upprätthållas.

Ett kontanttillskott (men ej nödvändigtvis ett kontanttillskott) skulle vidare kunna vara villkorat på så sätt att det utan återbetalningsskyldighet för bolaget ändå skulle kunna användas i en kommande tillskottsemission och vara kvittningsbart mot teckningsskuld (kvittningsemission). Det problematiska häri är, att samtidigt som tillskottet icke skall utgöra en skuld, skall den betecknas som

sådan i en kvittningsemission. Det tycks emellertid inte finnas något hinder för att tillskottet på samma sätt som ett lån ses som ett förskott för tecknade aktier. Konstruktionen gör ej heller att konkurrens uppkommer med borgenärsfordringarna i övrigt. Villkorets effektivitet är emellertid beroende av att bolagsstämmans majoritet rättsligt binds vid villkoret.

Det sedvanliga sättet att villkora tillskott är emellertid att göra återbetalningen beroende av förekomsten av utdelningsbara medel i bolaget (villkorade aktieägartillskott i egentlig mening). Ett sådant villkor binder inte (skall inte binda) *bolaget* vid återbetalningsskyldighet. Villkorets syfte är fastmera att binda dess ägare (eller i vart fall majoriteten härav, se nedan) vid att avstå helt eller delvis från framtida utdelningar. Aktieägarna skall enligt villkoret förbinda sig att på bolagsstämma rösta för att bolagets disponibla vinstmedel med iakttagande av försiktighetsprincipen delas ut på avtalat sätt. Allmänt sett kan förhållandet vara så att utdelningsbara medel kanaliseras till den person som svarat för tillskottet. Mera specifikt kan emellertid kan villkoret ges olika innebörd. Fråga kan vara om att *bolaget* åtar sig en återbetalningsskyldighet ur disponibla vinstmedel, dvs. så snart sådana uppstår, skall bolaget intill dess att hela tillskottet återbetalats svara emot återbetalningsskyldigheten. En sådan återbetalningsskyldighet ligger emellertid mycket nära ett skuldförhållande; i själva verket måste återbetalningsskyldigheten rättsligt kvalificeras som en skuld: Regleringen av tillskottet sker i konkurrens med regleringen av andra skulder. Även om återbetalningsskyldigheten begränsas till vad som av disponibla medel återstår efter en tillämpning av försiktighetsprincipen, föreligger praktiskt sett en skuld som endast skiljer sig från andra skulder på grund av att den är förknippad med förmånligare återbetalningsvillkor (betalningsanstånd intill dess bolaget visar disponibel vinst). För att godtas som ett fullvärdigt tillskott erfordras att bolaget helt avskärs från återbetalningsskyldigheten (varvid bortses från möjligheten att i samband med efterställningsvillkor göra bolaget återbetalningsskyldigt endast i samband med likvidation eller konkurs, se ovan). Av rättspraxis (NJA 1988 s. 620, s. 645)

framgår, att höga krav ställs på den bevisning som förebringas till stöd för att uppställt villkor för tillskottet inte binder bolaget. I förhållande till bolaget skall således ett sådant villkorat tillskott vara ensidigt, och villkoret knytas till bolagets ägare.

Återbetalningen skall vara en följd av att aktieägarna på bolagsstämma beslutar om vinstutdelning med iakttagande av regleringen härom i ABL 12 kap. Innebörden av det sagda är att återbetalningsskyldigheten skall fullgöras genom verkställighet av utdelningsbeslut. Det är också lämpligt att i utdelningsbeslutet ange, att utdelningen sker för sagda ändamål och skall verkställas i enlighet härmed. Begreppet utdelning är emellertid i sammanhanget oegentligt, eftersom tanken inte skall vara, att aktieägarna i gemen först erhåller en utdelning enligt beslutet, vilken sedan skall användas för återbetalningen av tillskottet. Svårigheten med en sådan konstruktion är att aktieägarna härigenom personligen binds vid återbetalningen och förpliktas att använda utdelade medel härför. Konstruktionen skapar intrycket av ett personligt betalningsansvar för aktieägarna, som emellertid är begränsat till vad som erhålls i form av utdelning. Därmed skulle aktieägarna vara gäldenärer i denna begränsande mening, men samtidigt tvingas ta skattekonsekvenserna av utdelningen.

Den rättsliga behandlingen av här berört villkorat tillskott kompliceras av att varken bolaget självt eller dess ägare skall personligen och direkt svara för återbetalningen. Denna skyldighet skall i stället åvila aktieägarna (eller majoriteten härav) indirekt, genom att de *tvingas tillse* att så snart utdelningsbara medel finns till förfogande, besluta i viss ordning. Vid en mera pregnant begreppsbildning vore det måhända lämpligare att tala om en bolagsstämmobeslutad, *riktad utbetalning* ur disponibla vinstmedel till förmån för tillskottsgivaren (alternativt skuldföring av återbetalningsbeloppet). För att ett villkorat tillskott skall få avsedd verkan måste givaren träffa en överenskommelse med aktieägarna (eller åtminstone en majoritet härav) om att dessa förbinds att vid bolagsstämman besluta så att en utbetalning riktas till tillskottsgivaren så snart bolaget förfogar över utdelningsbara medel. Åtagandet kan själv-

fallet förenas med avtalsvite. Ett avsteg från åtagandet måste betecknas som ett sedvanligt avtalsbrott med avtalsrättsliga påföljder. Till åtagandet måste generellt fogas – för att det skall vara effektivt – en ytterligare skyldighet att tillse, att en eventuell förvärvare av aktierna underkastar sig samma åtagande, vid äventyr eljest att överlåtaren åläggs betalningsskyldighet (på grund av avtalsvite, skadeståndsansvar, eller personligt ansvar för återbetalning av tillskottet, se härom Prytz och Tamm, Tillskott utan aktieteckning, s. 137 ff.).

Den aktiebolagsrättsliga likhetsgrundsatsen hindrar självfallet ej riktade utbetalningar, om aktieägarna är överens härom. Vad som skall gälla vid riktade utbetalningar om en sådan överenskommelse ej kan uppnås, behandlas i ett annat sammanhang (se avsnitt VI), men allmänt sett får förutsättas, att sådana beslut om riktade utbetalningar är förenliga med likhetsgrundsatsen.

Mot denna, allmänna utgångspunkt skulle kunna anföras (se t.ex. Prytz och Tamm, *op. cit.* s. 139 ff.), att eftersom fråga är om utdelning, en olikabehandling inte kan ske utan enhällighet. Ett sådant synsätt är måhända mest förenligt med likhetsgrundsatsen, men förutsätter ett antagande om att återbetalning av tillskott innebär en olikabehandling av aktier, och detta är ej helt givet. De aktier som företräds av en majoritet för återbetalning synes ej ges en bättre ställning än minoritetsaktierna. Däremot kan majoritetsaktie*ägarna* eventuellt vinna fördel av att genom återbetalningen lösgöras från de avtalsförpliktelser som fullgörs genom majoritetsbeslutet. Under alla förhållanden förefaller en ordning medförande att majoritetens del av de utdelade medlen förbrukas för återbetalning av tillskott, och minoritetens för deras förmögenhetsökning, icke utan vidare tillgodose grundläggande likabehandlingskrav.

Vidare saknar bolagsstämman möjlighet att delegera beslut om vinstutdelning till styrelsen. Detta följer av en *e contrario*-tolkning av ABL, enligt vilken rätten att delegera beslutsfattande kommit till explicit uttryck (såvitt gäller bl.a. nyemissioner och förvärv av egna aktier), och när sådana uttryckliga stadganden saknas, delegation inte heller kan ske. En *e contrario*-tolkning av ABL 12:6 leder till

samma resultat. Det sagda innebär bl.a., att styrelsen saknar kompetens att besluta om vederlagsfria utbetalningar som är att jämställa med vinstutdelning. (I denna fråga hänvisas till framställningen ovan avsnitt VIII).

När tillskottet sker i form av fordringar hos tredje man, skall en sedvanlig värdering ske av dessa. Värdet av en fordring är bl.a. avhängigt av gäldenärens betalningsförmåga och betalningsvilja. Om tillskottet utgörs av en betalningsutfästelse av tillskottsgivaren själv, uppstår på samma sätt en bolagets fordran hos tillskottsgivaren, vars värde är beroende av dennes betalningsförmåga. Sådana betalningsutfästelser är godtagbara som tillskott (jfr NJA 1988 s. 620) under samma förutsättningar som tillskott i övrigt, nämligen att utfästelsen såsom en bolagets fordran hos utfärdaren därav har ett värde. Och såsom varje fordran skall värdering ske främst med utgångspunkt i den betalningsskyldiges betalningsförmåga. Situationen kan närmast jämföras med den som uppkommer i samband med vederlagsfri långivning och pantsättning (se härom bl.a. Nerep s. 90 ff. och Lindskog s. 46 ff.), där frågan, huruvida lånet eller pantsättningen är att jämställa med en vinstutdelning (vederlagsfri utbetalning, värdeöverföring eller kapitalanvändning), skall besvaras med utgångspunkt i gäldenärens (vid pantsättning, den slutlige förmånstagarens) betalningsförmåga; om gäldenären är – eller i det närmaste är – insolvent, såsom denna betalningsförmåga gestaltar sig vid utlåningstidpunkten (tillskottstidpunkten), skall lånet betecknas som vederlagsfritt. Således bör gälla, *mutatis mutandis*, att om tillskottsgivaren vid tidpunkten för tillskottet saknar betalningsförmåga i *denna* mening, är också tillskottet utan värde.

Ränta på tillskott är i viss mån en anomali. Det är emellertid inte uteslutet att räntekrav kan förekomma i samband med villkorade tillskott. Under förutsättning att räntan behandlas på samma sätt som tillskottet självt, dvs. att utbetalning av – kapitaliserad – ränta endast kan förekomma som en riktad utbetalning av disponibla vinstmedel på grundval av bolagsstämmans beslut, hindrar inte räntan att tillskottet betraktas som ett regelrätt sådant. Vidare får förutsättas, att bolaget självt icke åtagit sig att utge ränta.

Bevisbördan för tillskottet synes böra åvila den som påstår att tillskott har skett i viss utsträckning. Detta gäller självfallet också när tillskottet skett i form av betalningsutfästelse. (Jfr NJA 1988 s. 620: Höga krav "bör" ställas på betalningsutfästelsens innehåll, jfr rättsfallet s. 646.) Detta beviskrav skall jämföras med ovan nämnda beviskrav om tillskottets kvalitet som egentligt tillskott eller lån till bolaget (jfr NJA 1988 s. 620, s. 645). Bevisningen skall således inte endast avse frågan, om tillskottet är att beteckna som sådant, och inte som ett lån, utan också om tillskottet är fullvärdigt, särskilt när fråga är om ett tillskott i form av en betalningsutfästelse. Dessa, i och för sig rudimentära principer för bevisbördan synes följa dem som gäller i övrigt vid tillämpning av t.ex. vinstutdelningsreglerna i ABL. (Se härvid även Lindskog, JT 1992/93 s. 828 fotnot 8. Beträffande frågan om tillskottsgivarens aktier i det tillskottsmottagande bolaget skall beaktas vid bedömningen av tillskottsgivarens betalningsförmåga, se bl.a. Nerep s.92 ff. och Lindskog s. 46, fotnot 46.)

Till skillnad från principerna för apportemission, enligt vilka (se ABL 2:9 och 4:12) apportegendomen skall vara "tillförd bolaget", oavsett om fråga är om bolagsbildning eller nyemission (se härom mera utförligt ovan avsnitt III), ställs uppenbarligen för själva tillskottet icke ett "tillförsel"-krav. Såsom har framgått ovan, avses med begreppet "tillförts" närmast att egendomen skall i sakrättslig mening (medelst uppfyllandet av samtliga sakrättsliga rekvisit) ha tillförts bolaget. För tillskott i här angiven mening är det *aktiebolagsrättsligt* tillfyllest att den *obligationsrättsliga bundenheten* att tillskjuta egendomen uppkommit, vilket framgår redan därav att tillskottsgivarens betalningsutfästelse principiellt godtas som ett fullvärdigt tillskott. Genomgående gäller emellertid att tillskottet skall vara fullvärdigt på sätt som ovan berörts, nämligen så att tillskottsgivaren har betalningsförmåga vid prövningen därav i tillskottsögonblicket och varje senare bedömningstillfälle. (Jfr Lindskog s. 225, fotnot 90–91, som också påtalar risken för att tillskottet kan återvinnas, vilken risk också är att beakta vid värderingen av tillskottet. Se också Lindskog s. 232, fotnot 116. Möjligen bör i

sammanhanget också beaktas risken för att transaktionen icke är sakrättsligt giltig, och hur en sådan omständighet kan påverka värdet av tillskottet.)

2. En *eftergift av en fordring* avsedd att reducera bolagets skuldbelastning är i många avseenden aktiebolagsrättsligt en mindre komplicerad transaktion än tillskottet. Normalt sett är skulden redan redovisad som sådan och har därför ett redovisningsmässigt fastställt och okontroversiellt värde. Det förhållandet att fordringen är mindre värd på grund av bolagets ekonomiska svårigheter hindrar inte att eftergiften skall beräknas i enlighet med det nominella beloppet. Av vikt i övrigt är att eftergiften på samma sätt som tillskottet skall vara obligationsrättsligt bindande. I bevisbördehänseende gäller samma principer som för tillskott. Såsom för tillskott kan en eftergift också vara ovillkorlig eller villkorad. För den villkorade eftergiften gäller samma grundsatser som ovan berörts om det villkorade tillskottet.
3. En *nedsättning av aktiekapitalet* skall ske enligt regleringen i ABL 6 kap. Ändamålet med nedsättningen (jfr ABL 6:1, 1 p.) är att göra en avsättning till omedelbar täckning av förlust enligt fastställd balansräkning, när förlusten inte kan täckas av fritt eget kapital. (Om nedsättning av aktiekapital samt överkurs- och reservfond, se ovan avsnitt VIII. 7.) Fundamentalt i sammanhanget är att nedsättningen icke får ske under det lagstadgade minimikapitalet. Vidare kan aktiekapitalgränserna i bolagsordningen komma att behöva ändras. Av ABL 6:6, 1 st., följer att nedsättningsbeslutet får verkställas utan rättens tillstånd, om nedsättningar avser förlusttäckning. Däremot skall enligt ABL 6:5 aktiekapitalet inte anses nedsatt förrän nedsättningsbeslutet registrerats. På grund härav måste således *registreringen* ha ägt rum före åttamånadersfristens utgång, för att nedsättningen skall ha någon verkan enligt likvidationsbestämmelserna. En ytterligare effekt av den registrerade nedsättningen är att aktuella vinstutdelningsbeslut måste fattas med *rättens tillstånd* inom en treårsperiod från registreringen, om inte aktiekapitalet dessförinnan återigen ökats med minst nedsättningsbeloppet. (I *Lagförslaget* 17:15 föreslås denna treåriga karenstid helt avskaf-

fas). I den mån nedsättning övervägs såsom kapitaltäckningsåtgärd, är det lämpligt att förslag härom (liksom förslag om bolagsordningsändring) läggs fram redan vid den första kontrollstämman. I annat fall måste ny kallelse till stämma ske med risk för avsevärda fördröjningar, varvid i sämsta fall registreringen icke hinner ske inom åttamånadersfristen. Vad som sagts om nedsättning av aktiekapital gäller också nedsättning av överkurs- och reservfond enligt ABL 12:4, 3 st. dock att en sådan inte behöver registreras.

4. Vid *nyemission till överkurs* skall överkursen avsättas till överkursfonden. Fråga kan vara om kontant-, apport- eller kvittningsemission. Överkursen skall ensam eller tillsammans med andra kapitaltäckningsåtgärder vara så stor att den motsvarar full kapitaltäckning. Överkursfonden kan sedan enligt ABL 12:4 nedsättas enligt beslut av bolagsstämman för täckande av förlust enligt fastställd balansräkning, när sådan ej kan täckas av fritt eget kapital. Till skillnad från ett beslut om nedsättning av aktiekapitalet behöver ett beslut om nedsättning av överkursfonden icke registreras och kan därför verkställas omedelbart. En nedsättning av överkursfond åtföljs ej heller av begränsningar i vad avser vinstutdelningsbeslut. (Om kravet på avsättning till överkursfond, se ABL 4:13 a.)

9. Kapitaltäckningsgarantier

Såsom nämnts ovan, kan det nu berörda fyra kapitaltäckningsåtgärderna kombineras på olika sätt. Ytterligare kapitaltäckningsåtgärder lär inte finnas, och har veterligen ej heller diskuterats. Däremot kan villkoren i samband med kapitaltäckning variera särskilt beträffande återbetalning av tillskott (se Prytz och Tamm, *op. cit.* s. 135 ff. och 195 ff.). En s.k. *kapitaltäckningsgaranti* (kapitaltäckningsåtagande) kan – beroende på utformningen därav – utgöra ett tillskott (eller en eftergift av fordring), men är det i praktiken mycket sällan. Sådana garantier brukar utfärdas av ett moderbolag till förmån för dotterbolag (och indirekt till förmån

för dotterbolagsledningen i beaktande av risken för det personliga betalningsansvaret enligt likvidationsbestämmelserna). Garantiernas utformning varierar, men i allmänhet torde garantierna innehålla en rätt för förmånstagaren att påkalla garantin, när kapitalbrist i viss, närmare angiven omfattning uppstår. Avsikten med garantin är ofta ytterst att undvika tvångslikvidation, men i förlängningen givetvis också att undvika risken för personligt betalningsansvar. Genom påkallandet av garantin skall förmånstagaren antingen tillse, att likvidationsbestämmelserna i ABL 13:12–19 överhuvudtaget icke utlöses, eller i vart fall att kapitaltäckning sker när en första kontrollbalansräkning utvisar, att det egna kapitalet underskrider hälften av registrerat aktiekapital. Ofta är garantierna såväl belopps- som tidsbegränsade, vilket givetvis är att rekommendera för utfärdaren. Praktiskt är säkerligen att låta en kapitaltäckningsgaranti löpa ett år, så att utfärdaren ges tillfälle att årligen ompröva behov, omfattning, etc. Är kapitaltäckningsgarantin utformad som en ren betalningsutfästelse, kan däremot en tidsbegränsning i princip icke hävdas.

Såsom kapitaltäckningsbestämmelserna har utformats i ABL 13:17 jämfört med ABL 13:14–16, kan en kapitaltäckningsgaranti antingen tas i anspråk för att senast vid den tidpunkt då den första kontrollbalansräkningen skulle ha upprättats (eller möjligen intill denna granskats av revisor, se härom ovan) öka det egna kapitalet till att vara minst 50 % av det registrerade aktiekapitalet, eller för att efter nämnda tidpunkt uppnå full kapitaltäckning (dvs. till minst 100 %). I en tid av ökande förluster och vikande marknad synes dock större marginaler än vad det förstnämnda alternativet medger vara befogade för att om möjligt undvika risken för betalningsansvar.

Tolkningen av en kapitaltäckningsgaranti skall, som eljest i fråga om ensidiga eller ömsesidiga rättshandlingar, ske med utgångspunkt i garantins utformning och mot bakgrund av avsikten härmed. För att garantin skall ses som en betalningsutfästelse, får – bortsett från att beteckningen "garanti" är oegentlig – förutsättas, att betalningslöftet ha det rättsligt reglerade skuldebrevets egenskaper, dvs. det är ensidigt, i princip ovillkorligt och oåterkalleligt, beloppsbestämt, m.m. I och med att en sådan betalningsutfästelse är obligationsrättsligt bindande, utgör

den en skuld respektive en fordring hos utfärdaren respektive mottagaren. Om fordringen hos mottagaren redan tidigare icke har redovisats som sådan, kan fordringen omedelbart upptas som en tillgång hos mottagaren, allt förutsatt givetvis att fordringen har ett värde (beroende på utfärdarens betalningsförmåga, etc.).

Det sedvanliga syftet med en kapitaltäckningsgaranti är emellertid icke att omedelbart skapa en fordring och tillgång hos förmånstagaren, utan fastmera att ge förmånstagaren möjlighet att vid kapitalbrist påkalla garantin för tillskapandet av en tillgång (tillskott). En kapitaltäckningsgaranti i denna sedvanliga mening skall följaktligen icke ses som en fordring och tillgång på grund av själva garantin, och därför ej heller som en betalningsutfästelse (vilket icke hindrar att sådana ändå förekommer). En kapitaltäckningsgaranti är i regel avsedd att just vara en sådan, en säkerhet för förmånstagaren, och är i denna egenskap icke en fordring att uppta som tillgång i förmånstagarens balansräkning (jfr Lindskog s. 224 f.). En garanti skall heller inte upptas som en skuld i utfärdarens redovisning, utan behandlas som en ansvarsförbindelse eller säkerhet (se årsredovisningslagen 5:11 och Redovisningsrådets rekommendation RR 16, särskilt punkterna 27–30. I denna egenskap skall de redovisas som poster "inom linjen", se FAR:s vägledning om årsredovisning i aktiebolag).

Det sagda innebär att vad som allmänt sett betecknas som en kapitaltäckningsgaranti (eller möjligen kapitaltäckningsåtagande) allt som oftast utgör en garanti och säkerhet, och icke en betalningsutfästelse (skuld respektive fordring), och måhända mera undantagsvis en ren betalningsutfästelse, om än oegentligt betecknad som en garanti. Det innebär också att det härmed skulle föreligga ett binärt förhållande såtillvida att antingen utgör garantin uteslutande en säkerhet eller så är det en betalningsutfästelse. I det praktiska rättslivet har det förekommit försök att finna mellanformer, enligt vilka garantierna på grund av vissa på förhand reglerade yttre omständigheter med någon slags automatik skall omvandlas till betalningsutfästelser. Föreställningen är t.ex., att en garanti skall ge de yttre ramarna och häribland stipulera maximibelopp, giltighetstid, m.m., men också föreskriva att garantin utlöses t.ex. när förmånstagaren uppvisar kapitalbrist i viss omfattning – och kanske

under vissa ytterligare förutsättningar – och att vad som erfordras kapitaltäckningsvis därvid skall utgöra en betalningsutfästelse, i vissa fall t.o.m. utan att garantin behöver särskilt påkallas av förmånstagaren. Fråga är i exemplet i själva verket om en villkorad och beloppsobestämd betalningsutfästelse som inte utan vidare harmonierar med de skuldebrevsrättsliga principerna. Med en sådan utformning blir betalningsutfästelsen ingen fordring hos förmånstagaren och därmed ingen tillgång, och skall heller inte redovisas som sådan (se om *eventualtillgångar* i Redovisningsrådets rekommendation RR 16, punkterna 31–35). Den är emellertid avsedd att bli en fordring och tillgång *när de i utfästelsen angivna villkoren uppfyllts*, vilket förhållande dessutom ensidigt skall fastställas av mottagaren (innehavaren) av utfästelsen. På samma gång skall en *eventualförpliktelse* inte upptas som en skuld i utfärdarens balansräkning.

Skuldebrevsrätten är emellertid direkt tillämplig på skuldförbindelser i skriftlig form och endast analogivis på oformaliserade fordringar. Kraven på att skuldebrev skall vara ovillkorade, m.m. avser uteslutande de formaliserade skuldebreven. Det är därför rättsligt fullt möjligt att en villkorad betalningsutfästelse, som inte uppfyller de skuldebrevsrättsliga rekvisiten för skuldebrev, ändå på grund av förutbestämda, yttre betingelser ger upphov till en faktisk fordring, som passerat eventualtillgångens stadium och som kan redovisas som en tillgång i balansräkningen. Denna fordring är visserligen oformaliserad, men likväl en fullvärdig fordring, förutsatt att gäldenären har betalningsförmåga, m.m., och kan följaktligen redovisas som sådan. Det sagda kan jämföras med Redovisningsrådets rekommendation RR 16, 35 p.: "Om det har blivit så gott som säkert att ett inflöde av resurser kommer att uppstå, redovisas tillgången i balansräkningen och den därmed sammanhängande intäkten i resultaträkningen då ändringen inträffar." I enlighet härmed borde en här omdiskuterad, *villkorad betalningsutfästelse* kunna redovisas som en tillgång i balansräkningen (och i kontrollbalansräkningen) när innehavaren därav gör bedömningen, att det är så gott som säkert att en fordring har uppkommit på grund av kapitalbrist, utfärdarens betalningsförmåga m.m. och bedömningen dessutom är förenlig med god redovisningssed. Situationen skiljer sig egentligen inte från den som

karaktäriserar uppkomsten av fordringar i gemen vid t.ex. leverans av produkter eller tjänster. Den fordring som uppkommer genom att villkoren i den villkorade betalningsutfästelsen uppfylls är definitiv och beloppsbestämd. Fordringsbeloppet reduceras inte av t.ex. det förhållandet att kapitalbristen sedermera är mindre. En reduktion av fordringsbeloppet utan annan motprestation (dvs. en vederlagsfri reduktion) är att jämställa med en förtäckt vinstutdelning. Inom ramen för det maximibelopp och den tidsfrist som stipulerats i den villkorade betalningsutfästelsen kan givetvis ytterligare fordringar uppkomma på grund av förnyad kapitalbrist. Den omständigheten att bevisbördan för att tillskott har skett får anses åvila den som så påstår kan väl förenas med villkorade betalningsutfästelser av nu nämnt slag och de på grund därav uppkommande fordringarna. Fordringarna skall sedan värderas på sedvanligt sätt med beaktande av gäldenärens betalningsförmåga, m.m.

De mest frekvent förekommande kapitaltäckningsgarantierna är emellertid mera allmänt utformade såsom just garantier. För att sådana garantier skall ge upphov till en fordring får i vart fall förutsättas, att det *görs gällande* (dvs. påkallas) i enlighet med den utlösningsmekanism som föreskrivs i garantierna och inom de däri angivna ramarna. I allmänhet förutsätts, att kapitalbrist uppkommit, varefter förmånstagarna av garantin har att adressera en påkallelse till utfärdaren och därvid ange det påfordrade beloppet. Först genom denna påkallelse av garantin uppkommer en redovisningsbar fordring, vars värde sedan är beroende av utfärdarens betalningsförmåga vid påkallelsen och därefter vid varje särskild bedömningstidpunkt. Sådana allmänna kapitaltäckningsgarantier är således icke tillgångar i sig, utan fordrar aktivitet hos förmånstagaren, samt att vissa ytterligare villkor uppfylls. Det är inte tillräckligt att vid upprättandet av kontrollbalansräkningen uteslutande förlita sig till förekomsten av en kapitaltäckningsgaranti av sådan allmänt förekommande karaktär; tillgången och tillskottet (eller eftergiften) uppkommer när garantin görs gällande. Påkallelsen bör innehålla grunderna för åberopandet av garantin och skall för att kunna upptas som en fordring också förses med en beloppsfixering. Det är denna beloppsfixering som är påkallelsens kärna. Säkerligen förekommer kapitaltäckningsgarantier där påkallelsen, innefattande beloppsfixeringen, icke är tillfyl-

lest för att utlösa betalningsskyldighet hos utfärdaren, men de torde vara ovanliga. Synsättet, att en garanti av här diskuterad natur är i sig tillräcklig för undvikande av en tillämpning av likvidationsbestämmelserna, kan ej förenas med definitionen av kapitalbrist i ABL 13:12, 1 p. jfrt med ABL 13:13. Denna definition utgår ifrån en prövning av bolagets *tillgångs-* och skuldmassa enligt ABL 13:13. En annan sak är sedan att en garanti ofta med enkla medel kan konverteras till en tillgång. Sker däremot inte en sådan konvertering, kan inte kapitalbristen (inte ens den faktiska) betecknas som åtgärdad.

10. Den andra kontrollbalansräkningen och den andra kontrollstämman

Om bolagsstämman dessförinnan inte har beslutat om likvidation, skall inom åttamånadersfristen (rådrumsfristen) en ny bolagsstämma hållas (den andra kontrollstämman), inför vilken en andra kontrollbalansräkning skall upprättas och granskas. Åttamånadersfristen räknas från dagen för den första kontrollstämman, och om en sådan ej hållits, av vilka skäl det än må vara, från den dagen den första kontrollstämman *borde* ha hållits. Syftet med denna andra kontrollbalansräkning är att fastställa, att bolagets egna kapital på grund av kapitaltäckningsåtgärder eller eljest uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet. För den andra kontrollbalansräkningen gäller samma reglering som för den första (ABL 13:13). Den andra kontrollstämman skall också förberedas enligt samma regler som den första. Utvisar den andra kontrollbalansräkningen, att full kapitaltäckning icke har uppnåtts på sätt som föreskrivs i ABL 13:15, återstår för bolagsstämman endast att pröva frågan om bolaget skall träda i likvidation; det är här fråga om *frivillig* likvidation. *Tvångslikvidation* inträder enligt ABL 13:16, när rätten beslutar om att bolaget skall gå i likvidation, därför att den andra kontrollstämman inte hållits inom åttamånadersfristen, eller att kontrollstämman visserligen hållits, men stämman underlåtit att besluta om frivillig likvidation, trots att full kapitaltäckning icke skett, alternativt att kontroll-

balansräkningen icke granskats av bolagets revisor. Ansökan om sådan tvångslikvidation skall inges av styrelsen inom två veckor från den andra kontrollstämman eller, om sådan inte har hållits, från den tidpunkt då den senast *borde* ha hållits, dvs. inom åttamånadersfristen (vilket bör innebära att ansökan skall inges senast två veckor efter åttamånadersfristens utgång). Tvångslikvidation kan även ske på ansökan av styrelseledamot, den verkställande direktören, en revisor i bolaget eller en aktieägare. Bolagets borgenärer saknar emellertid sådan behörighet (se härom bl.a. SOU 1999:36 s. 114). Om det under handläggningen av likvidationsärendet i rätten, men *före beslutet om likvidation*, visas, att bolagsstämman har fastställt en kontrollbalansräkning som utvisar full kapitaltäckning, skall bolaget icke tvångslikvideras. I annat fall gäller ett beslut om likvidation med omedelbar verkan.

11. Allmänt om betalningsansvaret

Ansvarsreglerna återfinns i ABL 13:17–19. Styrelsen ansvarar för försummelse att iaktta bestämmelserna i ABL 13:12–16. Fråga är i första hand om ett underlåtenhetsansvar. Utöver styrelsen ansvarar var och en som med vetskap om styrelsens underlåtenhet handlar på bolagets vägnar, ävensom aktieägare i bolaget, som med vetskap om att bolaget är skyldigt att träda i likvidation deltar i ett beslut att fortsätta bolagets verksamhet. Ansvaret är individuellt, personligt och solidariskt. Ansvaret avser "uppkommande förpliktelser" under en viss tidsperiod. Denna tidsperiod varierar med ansvarssubjektet. För styrelsen gäller ansvar för uppkommande förpliktelser under underlåtenhetstiden, dvs. under den tid som underlåtenheten att iaktta bestämmelserna i ABL 13:12–16 består. För den som med *vetskap* om styrelsens underlåtenhet handlar på bolagets vägnar omfattar ansvaret förpliktelser som "*därigenom*" uppkommer för bolaget, dvs. genom handlandet på bolagets vägnar, förutsatt alltså att handlandet skett med vetskap om styrelsens underlåtenhet. Aktieägare med vetskap om att bolaget är skyldigt att gå i likvidation svarar för förpliktelser som uppkommer efter sista dagen för ingivandet av ansökan om likvidation enligt ABL 13:16, 2 st., dvs. två veckor efter

den andra kontrollstämman. Ansvaret för samtliga ansvarssubjekt *upphör* under alla förhållanden enligt ABL 13:19, om en ansökan om likvidation ingivits till rätten inom två veckor från den andra kontrollstämman, eller bolagsstämman, PRV eller rätten beslutat om likvidation, eller, slutligen, när en kontrollbalansräkning som utvisar full kapitaltäckning därefter granskats av bolagets revisor och lagts fram på bolagsstämma. Samtliga ansvarssubjekt utom aktieägarna har möjlighet att *exculpera* sig: De är inte ansvariga, om de kan visa att de inte varit försumliga. *Bevisbördan* i en ansvarstvist torde eljest åvila den som påstår att antingen styrelsen underlåtit att vidtaga åtgärder enligt ABL 13:12–16, eller att annan med vetskap om styrelsens underlåtenhet handlat på bolagets vägnar, med följd att förpliktelser därigenom uppkommit för bolaget, eller att aktieägare med vetskap om att bolaget är skyldigt att gå i likvidation, deltagit i beslut att fortsatta bolagets verksamhet. En annan sak är sedan att en viss lättnad i bevisbördehänseende kommer till uttryck i NJA 1988 s. 620 och NJA 1993 s. 484. För det fall ansvar visats föreligga, aktualiseras exculperingsmöjligheten för styrelsen och andra som handlat på bolagets vägnar.

12. Ansvaret för underlåtenhet att upprätta en första kontrollbalansräkning

Såsom har avhandlats ovan, har styrelsen enligt ABL 13:12 en skyldighet att "genast" upprätta och låta bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning, när det finns "skäl att antaga" faktisk kapitalbrist eller vid en resultatlös utmätning. Enligt ett förtydligande i ABL 13:17, sista st., utlöses ansvaret i enlighet med vad som uttalas i NJA 1988 s. 620 endast om faktisk kapitalbrist förelegat. Med andra ord gäller, att även om det funnits skäl att antaga *faktisk* kapitalbrist, aktualiseras icke ett ansvar enligt ABL 13:17–19, om den första kontrollbalansräkningen – korrekt upprättad – inte utvisar faktisk kapitalbrist, eller om det vid en motsvarande prövning i efterhand visas, att faktisk kapitalbrist inte förelegat, oaktat att skäl att antaga detta funnits. Det bör emellertid obser-

veras, att det nyssnämnda stadgandet ABL 13:17, 4 st., första meningen, endast hänvisar till ABL 13:12, 1 p., och således inte till 2 p., varför vid resultatlöst utmätningsförsök underlåtenhetsansvaret enligt ABL 13:17, 1 st., 1 p. utlöses *oavsett* faktisk kapitalbrist.

Vidare aktualiseras inget ansvar enligt ABL 13:17, sista st., sista meningen, om visserligen det funnits fog för antagandet, att faktisk kapitalbrist förelåg när styrelsen hade skäl att antaga detta, men bolagets ekonomiska ställning därefter – men före utgången av tidsfristen "genast", dvs. innan den första kontrollbalansräkningen senast skulle vara upprättad – förbättrats så att faktisk kapitalbrist inte längre förelåg. Dessutom gäller enligt ABL 13:17, 1 st., ansvaret *endast under den tid underlåtenheten består.* Härtill kommer vissa yttre tidsgränser för ansvaret enligt ABL 13:19. Detta, relativt komplicerade regelsystem kan illustreras med följande. (Härvid bortses från det omedelbara ansvaret – oavsett faktisk kapitalbrist – vid resultatlöst utmätningsförsök).

Antas för enkelhetens skull att ett aktiebolags styrelse på grund av stora förluster borde haft "skäl att antaga" , att bolaget led av (faktisk) kapitalbrist enligt ABL 13:12, 1 p. och att denna antagandetidpunkt var den 1 augusti. Styrelsen skall sålunda "genast" upprätta en första kontrollbalansräkning. Antas vidare att denna tidsfrist i beaktande av bolagets verksamhet, omsättning, m.m. fastställs till att vara ca 45 dagar, dvs. att den första kontrollbalansräkningen skall vara upprättad senast den 15 september. Upprättar styrelsen en första kontrollbalansräkning i enlighet med ABL 13:13 senast den 15 september, utlöses självfallet inget ansvar, förutsatt att kontrollbalansräkningen är *korrekt* upprättad. Efter denna tidpunkt kan styrelsen låta bolagets revisor granska kontrollbalansräkningen och härvid gäller ingen särskild lagstadgad granskningsfrist, såsom ovan påtalas, men trots detta får antas att styrelsen har en skyldighet att påskynda granskningen vid alltför hög grad av passivitet från revisorns sida. Om styrelsen inte upprättar en första kontrollbalansräkning senast den 15 september, utlöses däremot ansvaret, dock med följande undantag.

1. Om det sedermera skulle visa sig, t.ex. i samband med en ansvarstvist, att faktisk kapitalbrist icke förelåg den 1 augusti, *trots att det*

funnits skäl att så antaga, ansvarar inte styrelsen (eller andra som med vetskap om styrelsens underlåtenhet handlat på bolagets vägnar). Det kan här förefalla som om situationen är väl konstruerad: Varför skulle den 1 augusti befinnas vara utlösandetidpunkten, om faktisk kapitalbrist då icke förelåg; det vore måhända naturligare att utgå från en tidpunkt när en i efterhand rekonstruerad kontrollbalansräkning utvisar faktisk kapitalbrist, t.ex. den 10 eller 25 augusti, eller vilken annan tidpunkt som helst. Emellertid torde i praktiken tidpunkten ifråga vara *förpliktelseorienterad*. Visserligen synes grundinställningen i lagförarbetena vara en annan (se prop. 2000/01:150 s. 48 och 100): I själva verket avvisas i propositionen Aktiebolagskommitténs ståndpunkt, att tidpunkten för faktisk kapitalbrist skall vara förpliktelseorienterad, dvs. att kravet skall gälla kapitaltäckningsgraden vid den tidpunkt då borgenärens fordran *uppkom*. Istället förordas, att den relevanta tidpunkten är den då det uppkom *anledning att misstänka* en kritisk kapitalbrist. Således skall gälla, att om styrelsen försummat sin skyldighet, när "skäl att antaga" kapitalbrist uppkommit, att upprätta en första kontrollbalansräkning, kan personligt betalningsansvar aktualiseras om faktisk kapitalbrist förelåg vid antagandetidpunkten. På så sätt kan kravet på faktisk kapitalbrist sägas vara *antagandeorienterad*. Frågan är emellertid om en sådan ståndpunkt är realistisk.

Problemställningen uppkommer i praktiken i en ansvarstvist avseende en eller flera särskilda förpliktelser, vilka enligt vad som påstås har uppkommit i nära anslutning till utlösandetidpunkten, dvs. den 1 augusti, och det gagnar därför inte kärandepartens sak att försöka visa att faktisk kapitalbrist förelåg den 10 eller 25 augusti. Såsom har diskuterats ovan, torde i realiteten borgenärerna ofta utgå ifrån tidpunkten för faktisk kapitalbrist. När dessa lyckats – med viss bevislättnad enligt rättspraxis (NJA 1988 s. 620 och NJA 1992 s. 484) – visa att *faktisk kapitalbrist förelåg, får därav ofta anses följa, att styrelsen också haft skäl att antaga faktisk kapitalbrist*. Den omvända ordningen, att långt i efterhand söka visa "skäl att antaga" kapitalbrist, förefaller vara mera komplicerad. Oavsett detta gäller självfallet samtidigt, att om det kan visas att faktisk

kapitalbrist förelåg t.ex. den 8 augusti (och att det funnits skäl att antaga detta, vilket i praktiken torde vara fallet) upprättandefristen ("genast") i stället avser tiden fram till den 23 september, vid vilken tidpunkt således den första kontrollbalansräkningen senast skall vara upprättad. Sker inte detta, utlöses ansvaret för förpliktelser som uppkommer efter den 23 september.

2. Om faktisk kapitalbrist förelåg den 1 augusti, men denna *brist avhjälpts* senast den 15 september, inte genom full kapitaltäckning, utan endast genom att bolagets egna kapital ökats till minst hälften av det registrerade aktiekapitalet, utlöses överhuvudtaget inget ansvar, trots att kontrollbalansräkning icke upprättas. Bevisbördan härför får anses åvila den som påstår att minst hälften av det registrerade aktiekapitalet är täckt av eget kapital. Undantaget ifråga öppnar för såväl möjligheter som risker. En mindre ansvarskännande styrelse ges möjlighet att tillse, att bolaget successivt balansmässigt håller sig på en miniminivå för att undvika en tillämpning av likvidationsbestämmelserna och ett utlösande av ansvaret, t.ex. genom utfärdandet av i och för sig fullvärdiga betalningsutfästelser. Ett sådant balansnummer är emellertid ofta besvärligt att genomföra i praktiken, med hänsyn till svårigheterna att med precision bedöma bolagets ställning från tid till annan. Med ökande förluster för bolaget skulle nya skäl att antaga faktisk kapitalbrist kunna uppkomma och ånyo ge styrelsen en skyldighet att genast upprätta en kontrollbalansräkning. Risken med ett sådant förfarande är att styrelsen missbedömer situationen, och att faktisk kapitalbrist trots vidtagna kapitaltäckningsåtgärder över minimigränsen uppkommit. Priset för att reducera denna risk, nämligen att upprätta en första kontrollbalansräkning för granskning av bolagets revisor, förefaller överkomligt.
3. Om styrelsen enligt antagandena ovan borde ha upprättat en kontrollbalansräkning senast den 15 september, men underlåter att göra det, varefter en kontrollbalansräkning slutligen upprättas den 30 september, skall styrelsen svara för uppkommande förpliktelser *under underlåtenhetstiden*, dvs. från den 15 september till den 30 september, men *inte därefter*, förutsatt givetvis att styrelsen följer

övriga skyldigheter enligt ABL 13:12–16. (Till frågan när en förpliktelse skall anses ha "uppkommit" återkommer framställningen nedan.) Däremot skall styrelsen inte svara för en förpliktelse som uppkommer under tiden den 1 augusti till den 15 september, eftersom styrelsen inte gjort sig skyldig till underlåtenhet under denna tidsperiod. Förutsättningen är nämligen, att ansvaret endast gäller den tid som underlåtenheten består, och underlåtenheten får anses ha inletts den 16 september. Bolagets övriga företrädare, som med vetskap om denna underlåtenhet handlar på bolagets vägnar, svarar solidariskt med styrelsens ledamöter för förpliktelser som uppkommit genom sådant handlande.

4. Ordalydelsen i ABL 13:17, 1 st., p. 1 utesluter emellertid inte, såsom uppmärksammats ovan (särskilt mot bakgrund av de motsägelsefulla uttalandena i lagförarbetena, prop. 2000/01:150 s. 49 f. och 95), att om kapitaltäckning över den kritiska gränsen (dvs. till minst 50 % av det registrerade aktiekapitalet) skett före *revisorns slutliga granskning* av kontrollbalansräkningen, varvid bör observeras att granskningstiden ej är lagreglerad, undviks betalningsansvar, förutsatt att kapitaltäckningen sker senast före senaste tidpunkt för sammankallande av första kontrollstämman. I exemplet ovan skulle det sagda innebära, att de potentiellt betalningsansvariga ges en relativt lång tidsfrist för kapitaltäckningen ifråga. Det anförda medför också – med hänvisning till ordalydelsen i stadgandet – att ansvaret för uppkommande förpliktelser inte utlöses under granskningstiden på grund av en tidskrävande granskning (rekvisitet "genast" avser skyldigheten att *låta* granska och möjligen finns en skyldighet att påskynda granskningen vid passivitet), förutsatt att kallelsen enligt punkt 2 i stadgandet är rättidig och att denna utgör ett "sammankallande".
5. Kan en styrelseledamot eller annan företrädare för bolaget visa, att han eller hon inte varit försumlig, aktualiseras ej heller något ansvar (till denna exculperingsmöjlighet återkommer framställningen nedan).

6. Under alla förhållanden upphör betalningsansvaret om en ansökan om tvångslikvidation inges enligt ABL 13:16, eller i övrigt någon av de omständigheter inträffar som regleras i ABL 13:19.

13. Ansvar för underlåtenheten att upprätta en kontrollbalansräkning i enlighet med ABL 13:13

I ABL 13:17, 1 st., 1 p., stadgas ansvar för styrelsen, om den underlåtit att i enlighet med ABL 13:12 upprätta och låta bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning enligt ABL 13:13. Ansvaret avser uppkommande förpliktelser under den tid underlåtenheten består. Det omfattar även andra företrädare (inklusive styrelseledamöter, verkställande direktör, firmatecknare, fullmäktige, m.m.) som med *vetskap* om styrelsens underlåtenhet handlar på bolagets vägnar, dock endast för de förpliktelser som *därigenom* uppkommer för bolaget under underlåtenhetstiden. Ansvaret innebär således att kontrollbalansräkningen inte bara skall upprättas i tid ("genast"), utan också att den skall vara upprättad *enligt de normer* som stipuleras i ABL 13:13 i vad avser kontrollbalansräkningens innehåll, justeringsposter, m.m. En *oriktig kontrollbalansräkning* i den meningen att det egna kapitalet på grund av en alltför hög värdering av tillgångarna eller för lågt värderade skulder, etc. är för högt i förhållande till vad en korrekt upprättad kontrollbalansräkning enligt ABL 13:13 skulle ge, är således också ansvarsgrundande. Så länge oriktigheten kvarstår, föreligger vidare ansvar för underlåtenhet enligt ABL 13:17.

Häri ligger i själva verket den mest svårbemästrade skyldigheten enligt likvidationsbestämmelserna, särskilt som ansvaret gäller så länge underlåtenheten att korrigera kontrollbalansräkningen består. Det som kvarstår för enskilda styrelseledamöter är att försöka visa, att han eller hon icke varit försumlig (exculpering). Alternativt kan som en sista utväg *i enlighet med ABL 13:16* ansökan om likvidation inges, eller möjligheterna enligt ABL 13:19 i övrigt utnyttjas.

Med de oklarheter som kvarstår om tillämpningen av fortlevnadsprincipen, efterställningsklausuler och olika värderingsprinciper, som påtalats ovan, finns trots allt betydande risker för helt oavsiktliga felsteg vid upprättandet av kontrollbalansräkningen. Däremot torde det vara mera sällsynt att andra företrädare utanför styrelsen med vetskap om här berörd underlåtenhet handlar på bolagets vägnar. (Härtill kommer att bevisbördan för vetskap åvilar den som påstår förekomsten härav.) Skulle styrelsen å andra sidan värdera tillgångarna för lågt och skulderna för högt, så att det egna kapitalet blir mindre än vad än tillämpning av ABL 13:13 medger, kan bolaget tvingas i likvidation, trots att skäl härför saknas, vilket exponerar styrelsen för skadeståndsansvar enligt ABL 15 kap. Underlåtenhetsansvaret torde ej reduceras av att en oriktig kontrollbalansräkning granskas av revisor, som lämnar balansräkningen utan anmärkning.

14. Ansvar för underlåtenhet att kalla till första kontrollstämma

Underlåtenheten att i enlighet med ABL 13:14 *sammankalla* en första kontrollstämma utlöser också ansvar för uppkommande förpliktelser under underlåtenhetstiden. Följaktligen gäller att om den första kontrollbalansräkningen utvisar att faktisk kapitalbrist föreligger, och styrelsen därefter inte snarast möjligt utfärdar kallelse till bolagsstämma, med iakttagande av formaliteterna i ABL 13:2–5, samt på kontrollstämman lägger fram kontrollbalansräkning och ett yttrande av bolagets revisor över denna, aktualiseras nämnda ansvar. Såsom har framhållits ovan, skall styrelsen inom tidsfristen "genast" upprätta en kontrollbalansräkning, sedan skäl att antaga faktisk kapitalbrist förelegat. Därefter skall bolagets revisor utan lagstadgad tidsfrist granska kontrollbalansräkningen. I anslutning till granskningen skall styrelsen "snarast möjligt" utfärda den nu aktuella kallelsen till den första kontrollstämman.

Ovan har också framgått, att revisorns granskningstid och "snarast möjligt" är tämligen relativa tidsbegrepp. Härtill är oklart om den tids-

frist som ryms inom "snarast möjligt" skall räknas från utgången av tidsfristen "genast" eller revisorns granskningsfrist. Det senare alternativet synes rimligast, med hänsyn till att styrelsen är i behov av en revisors granskning av kontrollbalansräkningen och denna därjämte är lagstadgad. Om kallelsetiden dessutom är den kortast möjliga, ges icke revisorn tillfälle att i tid avge ett yttrande över kontrollbalansräkningen. Det får därför på goda grunder antas, att den *ansvarsutlösande underlåtenheten inleds efter en tidsperiod som innefattar "genast", granskningstiden och "snarast möjligt" efter fullbordad granskning.*

Den ifrågavarande försummelsen uttrycks i ABL 13:17, 1 st. 2 p. som en underlåtenhet att i enlighet med ABL 13:14 "sammankalla en första kontrollstämma". Innebörden härav synes vara någonting mer än en underlåtenhet att rättidigt utfärda kallelse till den första kontrollstämman. Det är styrelsens uppgift att inte bara utfärda kallelse, utan också att förbereda bolagsstämman på sätt som föreskrivs i ABL 13:2–5 och 13:14, 2 st. Härvid är det full möjligt att t.ex. den första kontrollstämman hållits rättidigt, oaktat att styrelsen försummat att förbereda stämman på sätt som föreskrivs eller trots brister i beslutsunderlaget , m.m. Om aktieägarna på bolagsstämman givits tillfälle att ta ställning till styrelsens alternativa förslag, och beslutat härom, utan att besluten sedermera klandrats, uppkommer frågan om de exemplifierade försummelserna eller bristerna ändå skall anses utgöra sådan underlåtenhet som utlöser ansvar.

Den närmast till hands liggande slutsatsen är att den rätttidiga och giltiga bolagsstämman trots försummelser och brister i förberedelse och beslutsunderlag undanröjer underlåtenhetsansvar. Slutsatsen grundas på det förhållandet att ansvarsreglernas primära skyddsobjekt är bolagets borgenärer; bolagets aktieägare ges i ABL 15 kap. andra sanktionsmöjligheter. Härutöver grundas slutsatsen på bestämmelsens ordalydelse: Skyldigheten avser ett *sammankallande* av den första kontrollstämman. Visserligen skall detta sammankallande ske "i enlighet med" ABL 13:14, men formföreskrifternas primära skyddsobjekt är bolagets ägare. Väsentligast från borgenärsskyddssynpunkt synes vara att den första kontrollstämman från borgenärsskyddssynpunkt bildar utgångspunkten för åttamånadersfristen (rådrumsfristen).

Mot det anförda kunde möjligen invändas, att det för bolagets borgenärer saknar betydelse om den första kontrollstämman faktiskt ägt rum eller inte, eftersom åttamånadersfristen i enlighet med vad som konstaterats ovan under alla förhållanden börjar löpa från den tidpunkt då kontrollstämman enligt bestämmelserna *borde* ha ägt rum. Borgenärernas intresse ligger dock inte uteslutande i ett inledande av åttamånadersfristen, utan också i att aktieägarna vid bolagsstämma ges tillfälle att besluta om att försätta bolaget i likvidation. Att den första kontrollstämman äger rum rättidigt, för att möjliggöra beslut om likvidation, ligger således också i borgenärernas intresse.

Det sagda utesluter inte att lagstiftaren avsett en annan lagteknisk konstruktion: *Åttamånadersfristen* börjar löpa då den första kontrollstämman *faktiskt* hållits, oavsett när den borde ha ägt rum, alltmedan *underlåtenhetsansvaret* utlöses vid den tidpunkt som stämman *borde* ha hållits. En sådan lagteknisk konstruktion förutsätter emellertid synsättet, att här aktuellt underlåtenhetsansvar är ägnat att skydda bolagsborgenärerna i princip i lika stor utsträckning som ett rättidigt fullgörande av skyldigheterna i likvidationsbestämmelserna avser att göra. Centralt för synsättet skulle vara att det är egalt för borgenärerna när åttamånadersfristen inleds och kapitaltäckning alternativt likvidation slutligen sker, eftersom styrelsen ändå har ett underlåtenhetsansvar. På så sätt skulle sanktionsbestämmelserna bli det primära i stället för det handlingssätt som sanktionsbestämmelserna är avsedda att dirigera fram.

Synsättet kan inte vara riktigt. Det överensstämmer ej heller med den inställning som kommer till uttryck i lagförarbetena (se prop. 2000/01:150 s. 44), där bestämmelsernas handlingsdirigerande syfte framhålls. Bestämmande för åttamånadersfristens inledning måste därför vara den tidpunkt vid vilken den första kontrollstämman *borde* ha hållits. Att åttamånadersfristen börjar löpa rättidigt är i följd härav av största vikt för bolagets borgenärer, varför även en bristfällig första kontrollstämma skall bilda utgångspunkt för fristen. Följaktligen bör underlåtenhetsansvar icke föreligga på grund av att formföreskrifterna i ABL 13:2–5 icke uppfylls till fullo. Vad som skall gälla om kontrollbalansräkningen och ett yttrande av bolagets revisor icke lagts fram på den första kontrollstämman är oklart. Bolagsstämman kan ju oavsett detta

beslutsunderlag fatta beslut som grundas på styrelsens bedömning och förslag. Risken för att besluten klandras torde dock avhålla styrelsen från att avvika från formföreskrifterna.

Ansvaret gäller endast under underlåtenhetstiden, dvs. under den tid underlåtenheten att sammankalla en första kontrollstämma i enlighet med ABL 13:14 består. Eftersom ansvaret omfattar uppkommande förpliktelser under underlåtenhetstiden, innebär det sagda att så länge styrelsen tillser att bolaget icke åtar sig nya förpliktelser under denna period, kan styrelsen utan risk för ansvar vänta med att sammankalla en första kontrollstämma. En sådan ordning är främst ägnad att skydda potentiella eller tillkommande borgenärer, alltmedan de borgenärer som är berättigade enligt äldre förpliktelser inte berörs; deras ställning får fastmera antas försämras. Det är sedan en annan sak att bolaget under alla förhållanden har svårt att i längden överleva utan att åta sig nya förpliktelser. Dessutom kvarstår en osäkerhet om innebörden av "gamla" och "nya" förpliktelser. Om däremot den första kontrollstämman hålls, utan att styrelsen har upprättat och låtit bolagets revisor granska en kontrollbalansräkning enligt ABL 13:12–13, fortlöper styrelsens underlåtenhetsansvar enligt ABL 13:17, 1 st. 1 p., intill dess att ansvaret upphör på grund av att någon omständighet som omnämnts i ABL 13:19 inträffat, eller att underlåtenheten dessförinnan upphör. Med andra ord skall det förhållandet att den första kontrollstämman avhålls inte innebära att ansvaret för underlåtenheten att upprätta kontrollbalansräkning m.m. upphör. Följden härav är att underlåtenhetsansvar kan föreligga, trots att åttamånadersfristen börjar löpa (från den faktiska, första kontrollstämman eller då denna borde ha hållits). Följaktligen gäller, att *underlåtenhetsansvaret för upprättandet av den första kontrollbalansräkningen skall bedömas självständigt*: Så länge styrelsen underlåter att upprätta en första kontrollbalansräkning, saknar det betydelse vilka övriga åtgärder styrelsen vidtar, med undantag av sådana som föreskrivs i ABL 13:19.

15. Ansvar för underlåtenhet att ansöka om likvidation

Enligt ABL 13:16 har styrelsen en skyldighet att ansöka hos rätten om beslut om likvidation i följande fall.

1. När en andra kontrollstämma inte hållits inom den i ABL 13:15 stadgade åttamånadersfristen.
2. När den andra kontrollbalansräkningen, som skall framläggas vid den andra kontrollstämman, inte granskats av bolagets revisor.
3. När samma kontrollbalansräkning inte utvisar *full* kapitaltäckning och bolagsstämman inte beslutar om att bolaget skall likvideras.

Ansökan om likvidation skall ske inom två veckor från den andra kontrollstämman, om sådan har hållits, och eljest från den tidpunkt den senast *borde* ha hållits, dvs. senast vid utgången av åttamånadersfristen. Underlåter styrelsen att ansöka hos rätten om att bolaget skall likvideras, när något av de tre ovannämnda förhållandena föreligger, svarar styrelsen enligt ABL 13:17 för samtliga uppkommande förpliktelser under den tid som underlåtenheten består. Underlåtenhetsansvaret uppkommer således normalt efter utgången av tvåveckorsfristen räknat från den andra kontrollstämman. Om en andra kontrollstämma inte alls hållits, är utgångspunkten istället den första kontrollstämman, förutsatt att denna hållits i tid med tillägg för åtta månader och två veckor. För det fall en första kontrollstämma inte har hållits, skall först beräknas när en sådan *borde* ha hållits (dvs. tidsfristen "genast" från "skäl att antaga" med tilllägg för granskningstiden och därefter "snarast möjligt", inklusive kallelsetid). Det säger sig självt att en sådan beräkning icke kan ske med någon större precision. Å andra sidan kan konstateras, att om en första kontrollstämma icke har hållits, gäller ett underlåtenhetsansvar redan på grund därav, varför det knappast är meningsfullt att försöka fixera en sista tidpunkt för ingivandet av ansökan om likvidation: Har en första kontrollstämma icke hållits, skall under alla förhållanden ansökan om likvidation inges snarast för att i möjligaste mån reducera risken för betalningsansvar. Alternativet är att låta bolagsstämman besluta om frivillig likvidation.

15. Ansvar för underlåtenhet att ansöka om likvidation

Endast bolagsstämman har behörighet att besluta om *frivillig* likvidation. Vad som stadgas i ABL 13:16 om likvidation på ansökan avser tvångslikvidation som beslutas av rätten. Behörigheten att ansöka om att bolaget skall gå i likvidation enligt dessa regler tillkommer bolagets styrelse i första hand. Det bör observeras att denna behörighet föreligger först sedan en andra kontrollstämma hållits, eller om sådan inte har hållits, efter utgången av åttamånadersfristen. Beslut om tvångslikvidation kan emellertid också fattas på ansökan av enskild styrelseledamot, den verkställande direktören, en revisor i bolaget eller en aktieägare, efter den andra kontrollstämman eller, om sådan inte har hållits, efter utgången av åttamånadersfristen. Ansökan kan inges när som helst efter dessa alternativa tidpunkter.

En svårighet för behöriga sökanden uppkommer om en första kontrollstämma icke har hållits, särskilt såvitt avser beräkningen av tidpunkten för när den andra kontrollstämman borde ha hållits, och behörigheten att ansöka om likvidation endast gäller *efter* utgången av åttamånadersfristen. *De lege ferenda* synes en behörighet att ansöka om tvångslikvidation vara motiverad redan vid en längre tids underlåtenhet att sammankalla en första kontrollstämma. Underlåtenheten att sammankalla en första kontrollstämma torde ofta vara känd för bolagets företrädare, varför alternativet för dessa blir att lämna bolaget för att undvika ansvar på grund av att de handlat på bolagets vägnar.

Aktieägarnas ansvar enligt ABL 13:18 avser endast den situationen där en andra kontrollstämma faktiskt hållits och aktieägaren deltagit i ett beslut att fortsätta bolagets verksamhet, trots att bolagets revisor icke granskat en andra kontrollbalansräkning, eller att denna icke utvisar full kapitaltäckning. I sådant fall ansvarar aktieägaren i fråga solidariskt med styrelsen och övriga eventuella bolagets företrädare för samtliga uppkommande förpliktelser efter utgången av tvåveckorsfristen. Ansvaret förutsätter givetvis att ansökan icke ingivits av styrelsen eller annan efter den andra kontrollstämman.

16. Bolagsföreträdarnas och aktieägarnas individuella ansvar

Det personliga betalningsansvaret kan träffa bolagets styrelse som sådan, bolagets övriga företrädare (inklusive enskilda styrelseledamöter) och aktieägarna. I styrelsen prövas varje styrelseledamots ansvar individuellt. Möjligheten för den enskilde styrelseledamoten att freda sig mot ansvar är emellertid i princip begränsat till vad exculperingsbestämmelsen inrymmer, dvs. möjlighet att visa att han eller hon inte hade varit försumlig. Med hänvisning till vad som ovan anförts om bevisbördan, ankommer det på den som gör gällande betalningsansvar att visa, att styrelsen gjort sig skyldig till en underlåtelse enligt ABL 13:12–16, innefattande även bevisbördan för att faktisk kapitalbrist förelåg vid en viss given tidpunkt (med den lättnad som antyds i NJA 1988 s. 620 och NJA 1993 s. 484, se även härom prop. 2000/01:150 s. 50 och 100). Kan den borgenär som gör gällande betalningsansvar visa faktisk kapitalbrist och underlåtenhet enligt vad som föreskrivs i ABL 13:17, föreligger också ansvar för varje styrelseledamot som icke kan exculpera sig. *Exculperingsgrunderna* uppvisar självfallet stor variationsrikedom.

Grundläggande för styrelsearbetet är bestämmelserna i ABL 8 kap. (3–5 §§.) Styrelsen har bl.a. att tillse att bolagets ekonomiska förhållanden kontrolleras på ett betryggande sätt. Den skall fortlöpande övervaka bolagets ekonomiska situation. I de obligatoriska instruktionerna till den verkställande direktören skall bl.a. föreskrivas om rapporteringsskyldighet. En huvuduppgift för styrelsen är således att organisera bolaget så att styrelsen kontinuerligt erhåller rapporter om bolagets ekonomiska situation och övriga förhållanden. Orsaken till att styrelsen icke rättidigt haft "skäl att antaga" faktisk kapitalbrist kan vara *brister i organisationen och rapporteringen*. Härvid lämnas mycket begränsat utrymme för exculpering, med undantag möjligen för en styrelseledamot som nyligen invalts och som på grund av tidsbrist icke givits tillfälle att skaffa sig en överblick över bolagets situation.

Stundom kan inträffa att *rapporteringen kanaliseras via styrelsens ordförande*, vars uppgift bl.a. är att sammankalla till styrelsemöte (se

ABL 8:15), så snart detta är erforderligt. I ett bolag där styrelsen håller möten kontinuerligt, t.ex. varannan månad, och där styrelseordföranden mellan två möten erhållit information om stora förluster i bolaget, åligger det ordföranden att snabbinkalla till möte vid misstanke om faktisk kapitalbrist. I en sådan situation borde det vara möjligt för övriga ledamöter att exculpera sig för ett eventuellt dröjsmål med att upprätta en första kontrollbalansräkning för revisorns granskning, förutsatt att ledamöterna vidtar snabba och effektiva åtgärder vid nästföljande styrelsemöte, när de informerats om bolagets ekonomiska situation, allt i syfte att få till stånd en första kontrollbalansräkning. Den verkställande direktören och andra bolagsföreträdare torde i det angivna exemplet ofta ha kännedom om de ekonomiska svårigheterna och styrelsens underlåtenhet, varför sådana bolagsföreträdare mycket väl tillsammans med styrelseordföranden kan bli ansvariga för uppkommande förpliktelser.

Vid ett fungerande rapporteringssystem åligger det självfallet varje styrelseledamot att noga ta del av den information som förmedlas om bolagets ekonomiska ställning. Även om en styrelseledamot inte kan delta på samtliga styrelsemöten, är han skyldig att hålla sig underrättad om vad som förekommit därvid och ta del av det material som tillhandahållits styrelseledamöterna. Skyldigheten att *fortlöpande hålla sig underrättad* om och bedöma bolagets ekonomiska situation torde innebära, att varje ledamot nogsamt följer bolagets ekonomiska utveckling, varför allt som oftast en utveckling mot faktisk kapitalbrist icke kan komma som en överraskning för ledamöterna.

Den ansvarsbedömning som skall ske, skall utgå från vad en styrelseledamot med en fungerande rapportering och kännedom om bolagets ekonomiska utveckling objektivt sett borde ha haft skäl att antaga vid en viss given tidpunkt om en eventuell kapitalbrist. Det säger sig självt att så långt är styrelseledamöternas möjligheter att exculpera sig mycket begränsade (återigen möjligen med undantag av den nytillsatte ledamoten som icke givits tid att underrätta sig om bolagets förhållanden).

Lika lite som passivitet kan *bristande kompetens* grunda exculpering (se prop. 1987/88:10 s. 71 f.). För styrelseansvaret i allmänhet och betalningsansvaret enligt ABL 13:17 i synnerhet är förutsatt, att en sty-

relseledamot har eller har haft tillgång till nödvändig ekonomisk och juridisk kunskap för att kunna verka som fullvärdig ledamot.

I undantagsfall kan emellertid förekomma, att styrelseledamöterna trots nödvändig aktivitet och kompetens, och trots att styrelsen vidtagit tillräckliga åtgärder för en god organisation och rapportering om bolagets förhållanden, *icke ges en riktig bild av bolaget*. Det kan t.ex. vara fråga om att den verkställande ledningen i bolaget i sin rapportering vilseleder styrelsen om väsentliga ekonomiska förhållanden, och att styrelsen saknar befogad anledning att anta att uppgifterna är oriktiga. Det kan naturligtvis också förhålla sig så att den verkställande ledningen mera systematiskt får oriktiga uppgifter av anställda, till vilka verkställande uppgifter delegerats, varefter den verkställande ledningen förmedlar denna vilseledande information till styrelsen. Sådana förhållanden borde enligt min mening ge grund för exculpering. De praktiska fallen torde vara sällsynta, men risken härför är väl större i bolag med en dominerande ägare som koncernchef och styrelseledamot (och möjligen i de fall den verkställande ledningen har starka, personliga intressen i form av bonus, pensionsavtal, etc. i resultatutvecklingen) än eljest.

Däremot borde ett rent *aktivt undanhållande av information* från styrelseledamöter icke grunda exculpering. Det är styrelsens skyldighet att hålla sig underrättad om bolagets förhållanden och tillse att ett ständigt flöde av information når styrelsen: Undanhållande av information får inte tolereras. (Här undantas ovan nämnda fall där rapporteringen sker via styrelseordföranden, som undanhåller övriga ledamöter väsentlig information mellan de reguljära styrelsemötena.)

Generellt sett kan inte heller *arbetsfördelningen* eller organisationen inom styrelsen ge grund för befrielse från betalningsansvar. En sådan arbetsfördelning kan t.ex. innebära att en eller vissa styrelseledamöter har att särskilt beakta rörelseutvecklingen eller förhållanden som indikerar kapitalbrist, eller upprättandet av kontrollbalansräkning, m.m. Bortsett ifrån att en sådan arbetsfördelning inte är särskilt lämplig (rapportering bör ske från den verkställande ledningen och alla styrelseledamöter är skyldiga att hålla sig underrättade om bolagets ekonomiska förhållanden, styrelsen bör delegera till den verkställande ledningen att upprätta kontrollbalansräkningen, etc.), kan inte annat än i mycket spe-

ciella undantagsfall exculperingen grundas på arbetsfördelningen. Till undantagen kan höra t.ex. det fallet där arbetsfördelningen är såväl lämplig som naturlig i beaktande av bolagets rörelse, dess omfattning, etc. och de ansvariga ledamöterna genom sina åtgärder avsiktligt eller oavsiktligt vilselett övriga ledamöter.

En allvarlig *sjukdom*, som gör styrelseledamoten oförmögen att delta i styrelsearbetet och även i övrigt omöjliggör eller i vart fall väsentligen försvårar uppgiften att hålla sig underrättad om bolagets utveckling, är däremot generellt sett exculperingsgrundande. Samtidigt skall beaktas att en styrelseledamot har att anmäla sin sjukdom till styrelseordföranden, och att han (alternativt styrelseordföranden) har att tillse, att en styrelsesuppleant inträder i stället för honom med omedelbar verkan.

I och med att *suppleanten* inträder i stället för ordinarie i styrelsen och därmed uppträder som ordinarie ledamot åtar sig han eller hon också det fulla styrelseansvaret (jfr NJA 1979 s. 30 och NJA 1985 s. 439 samt RH 1993:115). I egenskap av suppleant har han eller hon emellertid inget ansvar, inte ens ett ansvar att tillse, att han vid ordinarie ledamots bortfall, sjukdom, m.m. skall inträda i styrelsen. Inte ens en *aktiv styrelsesuppleant*, som t.ex. medverkar på styrelsemöten och deltar i diskussioner – men inte i besluten – kan göras ansvarig i denna egenskap (jfr Lindskog s. 214 med fotnot 38). Överhuvudtaget gäller att en styrelsesuppleant endast är ansvarig för den tid han uppträder som ordinarie, för de beslut som därvid fattas på styrelsemöten och underlaget härför. Det kan teoretiskt tänkas situationer där styrelsesuppleanten inträtt i stället för ordinarie ledamot på ett styrelsemöte, där beslutsunderlaget och rapporteringen i övrigt ger styrelsen som sådan skäl att antaga faktisk kapitalbrist och styrelsen lämnar den verkställande ledningen i uppgift att genast upprätta en första kontrollbalansräkning, men att suppleanten senare, innan tidsfristen "genast" löpt ut, återgår till att vara enbart suppleant. I ett sådant fall kan suppleanten som regel inte göras ansvarig, om kontrollbalansräkningen inte upprättas i tid, eller styrelsen inte kallar till en första kontrollstämma etc. Om emellertid suppleanten fortsätter att ersätta en ordinarie ledamot, är han givetvis ansvarig under eventuell underlåtenhetstid.

Bedömningssvårigheter uppkommer dock när ordinarie ledamot återinträder i styrelsen efter det att en tidsfrist löpt ut (eller en felaktig kontrollbalansräkning upprättats) och ett underlåtenhetsansvar enligt ABL 13:17 redan föreligger. Ansvaret torde få bäras av den som fungerat som ordinarie ledamot när underlåtenhetstiden *börjat löpa*. Men även i det fallet där suppleanten återgått till att vara endast suppleant före tidsfristens utgång, men alltför sent för att den ordinarie ledamoten skall kunna hinna vidta lagstadgade åtgärder, kan ett sådant kvardröjande ansvar aktualiseras i undantagsfall. Så t.ex. kan suppleanten såsom styrelseledamot tillsammans med övriga ledamöter ha uppvisat passivitet med upprättandet av en första kontrollbalansräkning i sex till sju veckor och därför ger ordinarie ledamot endast ca. en vecka att fullgöra skyldigheten. I exemplet torde ansvaret ligga hos suppleanten och den ordinarie ledamoten ges möjlighet att exculpera sig.

I allmänhet torde en styrelseledamot kunna exculpera sig och därmed befria sig från betalningsansvar om ledamoten *reserverat sig* mot styrelsebeslut att inte upprätta kontrollbalansräkning, trots att skäl härtill förelegat, eller att inte kalla till första kontrollstämma, etc. (jfr Lindskog s. 214 och prop. 2000/01:150 s. 44). En reservation är inte underkastad särskilda formkrav, men från bevissynpunkt bör en reservation tydligt protokolleras. Aktiebolagsrätten ger inte en styrelseminoritet andra alternativ. En enskild ledamots möjligheter att få till stånd en extra bolagsstämma är begränsade (se ABL 9:8 och 12) och i vart fall alltför tidskrävande. Syftet med en sådan bolagsstämma skulle vara att övertyga aktieägarmajoriteten om att minoriteten i styrelsen har rätt i sitt antagande om faktisk kapitalbrist, varför bolagsstämman på grund härav skall instruera styrelsen att vidtaga nödvändiga åtgärder, främst att upprätta en första kontrollbalansräkning. I praktiken torde en sådan extra bolagsstämma komma till stånd först långt efter det att den första tidsfristen "genast" löpt ut, särskilt om länsstyrelsen enligt ABL 9:12 kan komma att involveras i kallelseförfarandet. Utsikterna att förmå en aktieägarmajoritet att instruera styrelsen på angivet sätt måste också ofta betecknas som små. (När väl den extra bolagsstämman kan hållas, kan emellertid resultatutvecklingen ha blivit en sådan att bolagsstämman har skäl att besluta om frivillig likvidation.) För den enskilde sty-

relseledamoten eller en minoritet av styrelsen är sammankallandet av en bolagsstämma ett alltför osäkert instrument för att begagnandet av detta skall ses som nödvändigt för ansvarsbefrielse.

Ett ytterligare alternativ är att styrelseledamoten eller minoriteten *avgår*. I många fall kan visserligen detta vara att rekommendera, men det bör uppmärksammas, att varje enskild styrelseledamot har ett uppdrag att fullfölja och att aktsamheten vid fullgörandet av detta uppdrag i många fall kan kräva, att ledamoten aktiverar sitt handlande i stället för att avgå. Ett lojalt och aktsamt fullgörande av uppdraget utesluter i vissa fall – möjligen mer undantagsvis – avgång, i synnerhet om avgången kan få menliga följder för bolaget (t.ex. om den avgående minoriteten är så stor att styrelsen inte på grund av en föreskrift i bolagsordningen kan fatta beslut, eller om hela styrelsen avgår och lämnar bolaget utan styrelse för en tid fram till nästa bolagsstämma). I styrelsens ansvar ligger att tillse att bolaget har en funktionsduglig ledning, att suppleanter inträder när ordinarie ledamöter är frånvarande under en längre tid, samt att omedelbart kalla till extra bolagsstämma när en eller flera ledamöter avgår för val av nya ledamöter och därmed tillförsäkra att det finns en succession i styrelsearbetet. Den aktiebolagsrättsliga metoden för undvikandet av ansvar enligt ABL 15:1 är också främst reservationen och icke avgången. Men det är ej givet, att om önskemålet är att helt undvika riskexponering (om man t.ex. misstänker att reservationen inte alls – eller inte tydligt nog – kommer att protokolleras och det eljest är svårt att visa, att reservation ägde rum och man vill undvika processrisker, m.m.), återstår ofta nog endast avgångsalternativet (som också kräver en viss formalisering, för att få avsedd verkan, t.ex. i form av avgångsbesked till styrelseordföranden, en kopia till PRV, etc.). Lagstiftaren synes ej heller ha förutsatt, att en dissiderande styrelseledamot skall avgå för att undvika betalningsansvar. Fastmera grundas regelsystemet på föreställningen, att vissa aktiva styrelseledamöter driver styrelsearbetet i linje med lagbestämmelserna till skydd för bolagsborgenärerna. En princip om att en styrelseledamot måste avgå för att undvika betalningsansvar i den nämnda situationen är inte ägnad att upprätthålla borgenärsskyddet, ej heller aktieägarnas intresse. Härvid måste en klart skiljelinje dras mellan vad lagen kräver, dvs. inte avgång men väl en

reservation, å ena sidan, och vad styrelseledamoten ifråga i vissa situationer kan rekommenderas att göra, t.ex. avgå, för att helt undvika risk för betalningsansvar, å den andra (jfr. Lindskog s. 226).

Men självfallet är en reservation inte alltid tillräcklig för att grunda exculpering. Den kan vara alldeles för otydlig eller komma för sent (jfr prop. 1987/88:10 s. 70 ff.). Det kan också vara så att den reserverande styrelseledamoten genom reservationen visserligen opponerat sig mot styrelsemajoritetens beslut, men sedan i handling visat sig vara för beslutet. Om t.ex. styrelsemajoriteten beslutat att inte upprätta en kontrollbalansräkning trots – vad som senare visar sig vara – faktisk kapitalbrist, och den reserverande minoriteten i egenskap av bolagets särskilda firmatecknare, fullmäktige, etc., oaktat vetskapen om styrelsens underlåtenhet härvidlag, handlar på bolagets vägnar, föreligger betalningsansvar enligt ABL 13:17, 2 st. (Rekvisitet "vetskap" ställer emellertid stora krav på bevisning, och bevisbördan härför åvilar den som påstår "vetskap", jfr prop. 2000/01:150 s. 99).

Inte ens en avgång är med automatik ansvarsbefriande. Så är med säkerhet endast fallet när avgången sker innan det finns skäl att antaga faktisk kapitalbrist. Om avgången sker efter det att underlåtenhetstiden inletts enligt det system som stadgats i ABL 13:17, måste den entledigade styrelseledamoten ha fullgjort de skyldigheter som åligger honom enligt ABL 13:12–16 dessförinnan (eller reserverat sig emot ett beslut att inte vidtaga åtgärder). I undantagsfall kan emellertid avgången sammanhänga med allvarlig och långvarig sjukdom, eller liknande omständigheter, som förhindrat sådant fullgörande, vilket i enlighet med vad som ovan påtalats får ses som exculperingsgrund.

Så långt några allmänna iakttagelser. När väl den verkställande ledningens rapportering mot bakgrund av den tidigare utvecklingen i bolaget vid en objektiv bedömning ger skäl att antaga, att faktisk kapitalbrist föreligger, utlöses ett särskilt aktivitetskrav på grund av det lagstadgade handlingsschemat. Såsom skisserats ovan kan antas, att styrelseordföranden kallat till styrelsemöte för beslut om vidare åtgärder. Samtidigt vidtas måhända vissa förberedelseåtgärder för upprättandet av en första kontrollbalansräkning. Vid styrelsemötet utgörs beslutsunderlaget av kvartals- och månadsrapporter, information om eventuella övervärden i

tillgångar, m.m., för att styrelsen skall kunna ta ställning till om ett upprättande av en första kontrollbalansräkning är nödvändigt (i vissa fall kan övervärdena vara så betydande att s.k. hypotetisk kontrollbalansräkning med betryggande säkerhet utvisar, att faktisk kapitalbrist inte föreligger). Meningarna om behovet av att upprätta en första kontrollbalansräkning kan vara delade, och reservationer kan bli nödvändiga för undvikandet av betalningsansvar. Såsom konstaterats ovan, utgör blotta förekomsten av en i och för sig fullödig kapitaltäckningsgaranti icke tillräcklig grund för befrielse från skyldigheten att upprätta en kontrollbalansräkning: Föreligger faktisk kapitalbrist enligt definitionerna i ABL 13:12–13, är en garanti inte ägnad att motverka bristen, förutsatt givetvis att garantin i själva verket inte är en betalningsutfästelse.

Om beslut om ett sådant upprättande fattas, krävs fortsatt aktivitet från styrelseledamöternas sida, framför allt i kontroll och uppsikt över att upprättandearbetet fortskrider skyndsamt. Redan vid det första styrelsemötet i fråga om kontrollbalansräkningen bör tider för nya möten utsättas med korta (möjligen tvåveckors) intervaller för uppföljandet av arbetet med, och den slutliga behandlingen av, kontrollbalansräkningen. Om detta arbete inte utvecklas skyndsamt nog, måste ytterligare åtgärder vidtagas, och även här har styrelseledamöterna aktivitetsplikt. Befrielse från ansvar förutsätter aktivitet och reservation mot beslut i annan riktning. Ett utträde ut styrelsen vid denna tidpunkt befriar från ansvar endast om nyssnämnda skyldigheter fullgjorts. Vid det styrelsemöte under vilket den upprättade kontrollbalansräkningen skall behandlas, förutsätts att samtliga syrelseledamöter noggrant analyserat kontrollbalansräkningen samt bedömt och prövat justeringsposterna mot bakgrund av den ordinarie balansräkningen. Endast en reservation mot ett beslut att godta en oriktig kontrollbalansräkning befriar från ansvar. (En avgång utan sådan reservation torde icke verka befriande). En annan sak är sedan att ansvaret ånyo kan utlösas på grund av senare handlingar eller underlåtenhet.

Därefter skall kontrollbalansräkningen lämnas till bolagets revisor för granskning. Någon granskningstid har inte föreskrivits, men i styrelsens aktivitetsplikt torde ligga att påskynda granskningsarbetet. Vid fullgjord granskning och efter eventuella korrigeringar av kontrollba-

lansräkningen skall styrelsen snarast möjligt kalla till bolagsstämma. Förberedande åtgärder till sådan kallelse skall ha vidtagits redan under granskningstiden, så att efter granskningen och ytterligare ett styrelsemöte på grund av granskningen, styrelsen genast kan kalla till bolagsstämma. En reservation mot att icke kalla till bolagsstämma befriar från ansvar, så dock sannolikt inte en avgång utan sådan reservation. Ansvaret för att väl förbereda den första kontrollstämman ligger ytterst på styrelsen. Även häri ligger således en skyldighet att vara aktiv och tillse att bestämmelserna i ABL 13:2–5 följs och att beslutsunderlaget i övrigt, inklusive den första kontrollbalansräkningen och revisorns yttrande, görs tillgängligt. Vad som sagts om den första kontrollstämman gäller också den andra kontrollstämman.

Slutligen föreligger skyldigheten att ansöka hos rätten om beslut om likvidation i enlighet med ABL 13:16, 2 st. En reservation mot ett styrelsebeslut att inte ansöka om likvidation hos rätten verkar ansvarsbefriande, men härvid bör observeras, att en enskild styrelseledamot givits behörighet att ansöka om likvidation; ett konsekvent handlande skulle således innebära att reservationen åtföljs av en sådan ansökan för att verka ansvarsbefriande enligt exculperingsregeln. (Viktigt är att notera att en sådan likvidationsansökan icke är möjlig förrän efter den andra kontrollstämman, eller när sådan inte har hållits, efter utgången av åttamånadersfristen.)

Av ABL 13:17, 2 st. följer, att även *andra bolagsföreträdare* än styrelsen kan göras betalningsansvariga. Förutsättningar för ansvar är följande:

1. Styrelsen skall göra sig skyldig till underlåtenhetsansvar enligt ABL 13:17, 1 st.
2. Den ansvarige skall ha vetskap om styrelsens underlåtenhet.
3. Den ansvarige skall ha handlat på bolagets vägnar, dvs. som bolagets företrädare, t.ex. i egenskap av firmatecknare, fullmäktige, ställningsfullmäktige.
4. Ansvaret omfattar endast sådana förpliktelser som uppkommit *genom* handlandet på bolagets vägnar.

5. Förpliktelsen skall ha uppkommit under underlåtenhetstiden, dvs. under den tid som styrelsens underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter enligt ABL 13:12–16 består.

Ansvaret enligt detta stadgande kan gälla alla företrädare i bolaget, inklusive styrelseledamöter som utanför styrelsen företräder bolaget, personer i den verkställande ledningen, mellanchefer och samtliga övriga med fullmakt att företräda bolaget. Enligt lagförarbetena (prop. 2000/01:150 s. 46 och 99) föreligger inga betänkligheter mot en sådan ordning, eftersom bolagsföreträdare kan freda sig mot personligt betalningsansvar genom att avträda från sina uppdrag eller avstå från rättshandlingar som binder bolaget. Att handla för bolagets räkning innebär inte endast att *externt företräda* bolaget utan också att *delta i beslut* om att företa en rättshandling, som sedan verkställs av annan. Fråga är således om att medverka i beslut eller i *verkställandet* därav, dvs. att rättshandla för bolaget (jfr prop. 2000/01:150 s. 99). *Bevisbördan* för samtliga omständigheter enligt ovan åvilar den som gör gällande betalningsansvar. Med hänsyn härtill torde det i praktiken sällan förekomma, att en bolagets företrädare av underordnad ställning kan påvisas haft vetskap om styrelsens underlåtenhet att vidta lagstadgade åtgärder. Däremot är det inte alls uteslutet att personer i den verkställande ledningen och i ställningen av mellanchefer åtminstone i mindre och mellanstora företag kan överbevisas härom, liksom givetvis styrelseledamöter som agerar som firmatecknare eller fullmäktige i övrigt. Rekvisitet "vetskap" synes emellertid vara en strängt återhållande faktor härvidlag.

På samma sätt som för styrelsen gäller för övriga bolagets företrädare, att de kan befrias från ansvar vid exculpering. Exculpering aktualiseras således när en bolagets företrädare, trots vetskap om styrelsens underlåtenhet, rättshandlar å bolagets vägnar och en förpliktelse därigenom uppkommer. Sådana ansvarsbefriande omständigheter är svåra att föreställa sig, men i lagförarbetena omnämns det förhållandet att *någon i underordnad ställning åläggs* att rättshandla å bolagets vägnar med full vetskap om styrelsens underlåtenhet; det förhållandet att den anställde i underordnad ställning ålagts uppgiften ifråga skulle "nor-

malt" grunda ansvarsfrihet (se prop. 2000/01:150 s. 100). Slutsatsen härav är att *bolagsföreträdare i underordnad ställning ytterst sällan* kan göras ansvariga enligt ABL 13:17, 2 st.

En annan situation (som berörs av bl.a. Lindskog s. 241) är, att den rättshandling som företagits varit ägnad att förhindra en större skada för bolaget, eller i vart fall att skadan av rättshandlingen varit mindre än vad som skulle gällt om rättshandlingen icke företagits. Det måste trots allt vara möjligt att vid en objektiv bedömning se rättshandlandet i ett större perspektiv och till rättshandlingens sammanlagda nytta för bolaget och dess borgenärer. Om t.ex. bolagets verkställande ledning beslutat sig för att flytta verksamheten till lokaler med väsentligt lägre hyra, borde den därvid uppkommande hyresförpliktelsen ses mot bakgrund av den tidigare hyressituationen, och befria den verkställande ledningen från ansvar från den uppkommande förpliktelsen, trots vetskap om styrelsens underlåtenhet att handla i enlighet med ABL 13:12–16. Detsamma borde gälla andra åtgärder ägnade att väsentligt reducera bolagets kostnader, trots att därigenom "nya" förpliktelser uppkommer.

Till gruppen av ansvariga skall enligt lagförarbetena (prop. 2000/01:150 s. 100) också räknas den "som på grund av sin faktiska ställning har ett bestämmande inflytande över bolagets medelsförvaltning och drift", dvs. *faktiska företrädare*, som icke formellt tillhör styrelsen eller bolagets anställda, t.ex. en dominerande aktieägare, som faktiskt deltar i beslutsfattandet eller direkt utövar sitt bestämmande inflytande häröver. Med en sådan faktisk (*de facto*) företrädare får avses en fysisk person, och icke t.ex. ett moderbolag, vilket i egenskap av aktieägare regelmässigt utövar sitt inflytande över dotterbolaget, icke genom bolagsstämmodirektiv eller instruktioner, utan direkt och med bortseende ifrån bolagsstämmoformaliteter. Detsamma kan sägas om de bolag, i vilka styrelseledamöter och högre befattningshavare endast är formellt betingade, och i själva verket utgör någon form av bulvaner för bolagets faktiska företrädare. Såsom ofta i sådana fall torde bevissvårigheterna vara betydande.

Betalningsansvaret för *aktieägare* regleras i ABL 13:18. Förutsättningarna för ansvar synes vara följande:

1. Aktieägaren skall ha haft *vetskap* om att bolaget är skyldigt att träda i likvidation enligt ABL 13:16.
2. En bolagsstämma motsvarande den andra kontrollstämman skall ha hållits. Bolagsstämman skall ha beslutat att bolagets verksamhet skall fullföljas trots likvidationsskyldigheten.
3. Aktieägaren skall ha haft *vetskap* om att den kontrollbalansräkning som lagts fram vid den andra kontrollstämman inte granskats av bolagets revisor eller inte utvisar full kapitaltäckning.
4. Aktieägaren skall ha varit *närvarande* vid bolagsstämman ifråga och inte reserverat sig mot beslutet att fortsätta bolagets verksamhet, trots vetskapen om vad som angivits i punkt 3 ovan.
5. Alternativet till p. 2–4 ovan är att en andra kontrollstämma inte har hållits, men *borde* ha hållits, och åttamånadersfristen räknad från den första kontrollstämman (alternativt från den tid denna borde ha hållits) löpt ut.

Ansvaret synes således förutsätta ett bolagsstämmobeslut om att fortsätta bolagets verksamhet, i vilket aktieägaren deltagit aktivt eller passivt och inte reserverar sig mot. Aktieägares beslut på bolagsstämma, att fortsätta verksamheten är ofta i själva verket inget beslut, utan det är snarare *underlåtenheten* att fatta ett beslut om likvidation, eller instruera styrelsen om att lämna in en ansökan härom, som bildar utgångspunkten för aktieägaransvaret. Aktieägarens ansvar kan emellertid utlösas av andra beslut, som innebär att verksamheten skall fortsätta och det förutsätts inte att beslutet uttryckligen anger att bolaget skall fortsätta verksamheten. För att betalningsansvaret skall utlösas, krävs således inte att bolagsstämmobeslutet uttryckligen anger att bolaget skall fortsätta verksamheten; det är tillräckligt att beslutet i praktiken innebär eller förutsätter att verksamheten fortsätter (jfr prop. 2000/01:150 s. 101). Frågan är om moderbolaget eller annan dominerande fysisk aktieägare genom direktkontroll kan anses ha fattat ett sådant beslut (se Lindskog s. 240, som anser att så kan vara fallet). Om en aktieägare säljer alla sina aktier efter den andra kontrollstämman, på vilket beslut icke fattats om likvidation, uppkommer frågan om han därmed lösgör sig från ansvaret för uppkommande förpliktelser efter försäljningstidpunkten. Så torde

inte vara fallet. Ansvaret kvarstår och är oberoende av aktieinnehavet efter denna bolagsstämma; avgörande är att aktieägandet föreligger vid bolagsstämman och att aktieägaren därvid handlat i strid med ansvarsbestämmelserna.

Frågan är således om ansvar förutsätter en formenligt avhållen bolagsstämma. I begreppet "beslut" synes ligga ett krav på att en formenlig bolagsstämma skall ha hållits eller i vart fall att aktieägarna (i ett en- eller fåmansbolag, får det antas) är helt överens om åtgärden (se härom avsnitt VIII). Beslut utanför en sådan bolagsstämma synes icke vara möjligt, om inte styrelsens i moderbolaget beslut att instruera dotterbolaget också skall ses som ett sådant beslut. Vidare förutsätts att aktieägaren faktiskt *varit närvarande* på bolagsstämman; eljest kan knappast påstås, att aktieägaren "deltagit" i beslutet. Möjligen bör inte formalismen kring en bolagsstämma drivas alltför långt i aktiebolag med en eller få delägare. Ansvarigt subjekt synes kunna vara såväl en fysisk som en juridisk person. I det senare fallet får aktieägaren antas vara företrädd på bolagsstämman och givits instruktioner om hur fullmaktshavaren skall rösta i likvidationsfrågan. Vad som skall gälla om aktieägarens ansvar, om fullmaktshavaren icke följer instruktionen och gör sig skyldig till ett befogenhetsöverskridande, är oklart. Handlar den fullmäktige i strid med behörigheten enligt fullmakten, kan emellertid aktieägaren knappast göras ansvarig.

Till skillnad från styrelsen och bolagets företrädare i övrigt saknar aktieägaren möjlighet att exculpera sig. Å andra sidan fordras inte mycket för att befria sig från ansvar, nämligen frånvaro eller reservation. Ansvaret omfattar de förpliktelser som uppkommer efter utgången av den tvåveckorsfrist som ges styrelsen och andra att ansöka om likvidation enligt ABL 13:16, 2 st. Ansvaret upphör helt när något av de krav som uppställs i ABL 13:19 uppfyllts.

17. Nya "uppkommande förpliktelser"

Det personliga betalningsansvaret avser uteslutande sådana förpliktelser som uppkommit under underlåtenhetstiden enligt ABL 13:17 till

ansvarsperiodens slut enligt ABL 13:19, dvs. *nya* förpliktelser. För en styrelseledamot, annan ställföreträdare eller aktieägare som tillträtt under underlåtenhetstiden kan emellertid ansvaret endast omfatta förpliktelser som uppkommer därefter.

Enligt den tidigare lydelsen av ansvarsbestämmelsen, som gällde fram till den 1 januari 1988, avsåg ansvaret uppkommande "förbindelser". Ändringen från "förbindelser" till "förpliktelse" lämnades okommenterad i lagförarbetena. Någon ändring i sak torde icke har varit avsedd. Ändå måste konstateras, att det föreligger en avgörande semantisk skillnad mellan begreppen ifråga, särskilt om med "förpliktelser" avses betalningsförpliktelser, vilket ligger nära hands. Så t.ex. är det fullt möjligt att "gamla förbindelser" (i den meningen att de uppkommit före underlåtenhetstiden) ger upphov till nya "förpliktelser". Ett äldre hyres-, låne- eller anställningsavtal skulle därmed kunna medföra nya betalningsförpliktelser i form av hyra, amorteringar, ränta och lön. Begreppsförskjutningen innebär således till synes en saklig ändring; om denna varit avsedd eller inte saknar härvid betydelse. Problemet är att lagstiftaren vid ändringen inte gjort ett försök att definiera begreppet "förbindelser" i syfte att identifiera skillnaden mellan begreppen.

Vid ett försök att fastställa innehållet i begreppet "uppkommande förpliktelser" synes olika situationer, med skilda komplikationsgrader, kunna urskiljas.

1. Minst komplicerade är väl de fallen där *obligationsrättsligt bindande avtal* tecknas efter det att någon av de alternativa underlåtenhetsfristerna enligt ABL 13:17 inletts och under själva underlåtenhetstiden. Om avtalet medför en förpliktelse att betala hyra, lön, ränta, amorteringar, köpeskilling, provision, etc., får i princip sådana förpliktelser anses vara uppkomna under underlåtenhetstiden. I vissa fall kan betalningsförpliktelsen emellertid vara betingad av en motprestation. Så t.ex. skall köpeskillingen inte erläggas förrän leverans ägt rum (enligt principen "Zug um Zug"). Om leverans sker inom underlåtenhetstiden, uppstår också en betalningsförpliktelse under samma tidpunkt. Om leverans däremot uteblir på grund av t.ex. anteciperat betalningsdröjsmål, är

också den skadeståndsskyldighet som kan följa därav en förpliktelse som uppkommit under underlåtenhetstiden. Detsamma gäller i samtliga fall av skadeståndsskyldighet på grund av bristande betalning. I det omvända fallet, där förpliktelsen avser en skyldighet att leverera varor eller tjänster mot betalning, och betalning skett t.ex. förskottsvis, får förpliktelsen anses ha uppkommit under underlåtenhetstiden, med det ovan angivna antagandet, att avtalet ingåtts efter det att underlåtenhetstiden inletts. Andra förpliktelser på grund av skadeståndsskyldighet följer samma mönster. De exempel som angivits så långt vilar emellertid på förutsättningen att såväl förbindelsen, dvs. det obligationsrättsligt bindande avtalet, som förpliktelserna som följer därav uppkommit under underlåtenhetstiden.

2. Svårighetsgraden ökar när avtalet med obligationsrättsligt bindande verkan ingåtts efter det att underlåtenhetstiden inletts, men *förpliktelserna* som följer därav *uppkommit sedan underlåtenheten upphört* enligt ABL 13:17, t.ex. sedan kontrollbalansräkning faktiskt upprättats trots försening eller "sammankallande" till första kontrollstämma skett, etc. Skall betalningsansvaret anses omfatta samtliga de betalningsförpliktelser som det inom underlåtenhetstiden ingångna avtalet ger upphov till, oaktat att vissa förpliktelser i själva verket inte aktualiseras förrän efter underlåtenhetens upphörande? Antag t.ex. att ett tvåårigt hyresavtal, eller ett tillsvidareanställningsavtal (eller kreditavtal om fem år), träffats efter det att styrelsen enligt ABL 13:12 borde ha upprättat en kontrollbalansräkning. Antag vidare att en sådan balansräkning faktiskt sedermera upprättas med en försening om sex veckor. Vad skall gälla om betalningsansvaret för hyror som förfaller till betalning efter denna brytpunkt? Vad skall gälla om löner, amorteringar, räntor, etc.? Vad gäller om bolaget beställer varor eller tjänster under underlåtenhetstiden under villkoret kontant betalning, och leveranserna sker efter brytpunkten? Om leverans sker före brytpunkten mot kredit, skall betalningsansvaret omfatta hela kreditbeloppet? Svårigheterna är i det närmaste obegränsade och dessutom avsevärda, och

de kompliceras ytterligare av lagstiftarens okommenterade terminologiskifte från "förbindelse" till "förpliktelse".

En given utgångspunkt vid prövningen av de aktuella frågorna är lagbestämmelsernas syfte. Regelkomplexet avser främst att skydda bolagets borgenärer, subsidiärt dess aktieägare. De befintliga borgenärerna, dvs. de borgenärer som redan har fordringar hos bolaget före underlåtenhetstidens inledning, skall värnas i så måtto att bolaget så småningom skall likvideras innan det helt uttöms på tillgångar, men också i det att bolagsledningen skall avhållas ifrån att underkasta bolaget ytterligare förpliktelser, på grund av vilka de tidigare borgenärerna tvingas konkurrera med tillkommande borgenärer om de tillgångar som återstår i bolaget (jfr med vad Lindskog s. 209 betecknar som "*avvecklingsintresset*"). Ett mera avgränsat syfte är att skydda sådana borgenärer, vars fordringar eller rättigheter uppkommer efter det att bolaget börjat lida av faktisk kapitalbrist (jfr återigen Lindskog s. 209 och det s.k. *varningsintresset*). Denna grupp av borgenärer är emellertid inte nödvändigtvis uteslutande "tillkommande" bolagsborgenärer (se härom Lindskog s. 209), utan kan också antas vara "befintliga" borgenärer i den meningen att även "befintliga" borgenärers rättigheter kan uppkomma efter faktisk kapitalbrist eller underlåtenhetstidens inledning.

Vad Lindskog betecknar som "varningsintresset" torde således avse samtliga borgenärer, oavsett om dessa är befintliga eller tillkommande, förutsatt endast att bolagets *förpliktelser* gentemot dessa borgenärer uppkommit efter den angivna underlåtenhetstidpunkten. Lindskogs terminologi utesluter emellertid icke att han avsett exakt den sistnämnda förutsättningen, och att begreppet "borgenär" därvid icke skall vara personorienterat utan fastmera förpliktelseorienterat. En "tillkommande bolagsborgenär" enligt denna terminologi skulle därför helt enkelt innebära en tillkommande förpliktelse.

Eftersom det personliga betalningsansvaret enligt ABL 13:17–19 inte omfattar alla bolagsförpliktelser, utan endast de under underlåtenhetstiden uppkommande förpliktelserna, förefaller dessa

sanktionsbestämmelser främst vara ägnade att upprätthålla *varningsintresset*. Helt säkert är nu inte detta. Valet av sanktion kan ha varit mer slumpmässigt, och kunde likaväl ha utfallit till förmån för straff i form av höga böter eller betalningsansvar för samtliga förpliktelser för att verka handlingsdirigerande och för främjandet av samtliga bolagsborgenärers intressen.

Svårigheten med att framhäva varningsintresset som tolkningsgrund är emellertid, att bestämmelserna saknar uttryckliga anvisningar om en skyldighet för bolagsföreträdare eller andra att rikta en varning till bolagsborgenärerna. Kontrollbalansräkningen skall visserligen framläggas på bolagsstämma, men ingenting i bestämmelserna förpliktar styrelsen eller annan att på ett eller annat sätt offentliggöra kontrollbalansräkningarna, så att bolagsborgenärerna åtminstone teoretiskt sett kan anses ha varnats. Vad som trots allt talar för varningsintresset som tolkningsgrund är att bolagsföreträdarna vid faktisk kapitalbrist och i anslutning till upprättandet av kontrollbalansräkningarna får anses ha en allmän gäldenärsrättslig, straffrättsligt grundad skyldighet att i samband med påtagandet om nya förpliktelser informera de ifrågavarande borgenärerna om bolagets (prekära) ekonomiska förhållanden. Argumentationen bär emellertid vissa tecken av cirkelresonemang, och synes inte ge ett handfast stöd för att varningsintresset av lagstiftaren sätts som det primära vid utformningen av sanktionsbestämmelserna.

Under antagandet, att varningsintresset oaktat det ovan anförda utgör tolkningsgrund, torde emellertid samtliga bolagsborgenärer, såväl befintliga som tillkommande, behöva varnas, så att de ges tillfälle att vidtaga åtgärder för att undvika rättsförluster. Avgörande vid tillämpningen av bestämmelsen om det personliga betalningsansvaret och tolkningen av begreppet "uppkomna förpliktelser" bör med ett sådant synsätt vara frågan, huruvida förpliktelsen hade kunnat undvikas om borgenären i tid varnats, genom att bolagets styrelse och övriga företrädare iakttagit bestämmelserna i ABL 13:12–16.

Den teoretiska utgångspunkten är, som bekant, att så länge bolaget inte uppvisar faktisk kapitalbrist, skall bolagets ägare och led-

ning (med vissa särskilt stipulerade undantag i aktiebolagslagen) inte svara för bolagets förpliktelser. En borgenär kan inte med framgång göra gällande ansvarsgenombrott när han träder i förbindelse med bolaget, trots att bolaget har lågt aktiekapital och stor riskexponering. I inomobligatoriska förhållanden kan härvid borgenären sägas ha en undersökningsplikt så till vida, att han själv i princip får bära skadan av försummelser i vad avser kreditprövning, säkerheter, m.m. Vid faktisk kapitalbrist enligt ABL 13:12 skall emellertid borgenärerna på ett eller annat sätt varnas om avtalsförpliktelsen uppkommit efter underlåtenhetens upphörande.

Skulle så t.ex. ett provisionsavtal ha ingåtts, innefattar betalningsansvaret all provision på grund av utfört arbete under underlåtenhetstiden, men även därefter under en avtalsstadgad uppsägningstid och eljest ett skadestånd. För leasingavtal torde samma sak gälla som för hyra. För konsultavtal gäller detsamma som för provisionsavtal.

Mera oklart är hur detta synsätt harmonierar med utomobligatoriska förpliktelser som uppkommer under underlåtenhetstiden. Såvitt gäller sådana förpliktelser saknar "varningsintresset" relevans och får i stället "avvecklingsintresset" primär betydelse; genom avveckling förhindras att bolagets verksamhet ger upphov till utomobligatoriskt ansvar. Här träder sanktionsbestämmelsernas handlingsdirigerande funktion i förgrunden.

3. Mera vanligt förekommande torde vara situationen där avtalet ingåtts före *underlåtenhetstidens* inledning, men givit upphov till förpliktelser under underlåtenhetstiden och därefter. Avgörande för betalningsansvaret bör på samma sätt som under 2. ovan vara den princip som utmejslats mot bakgrund av antagandet om lagstiftningens syfte och varningsintressets funktion: Betalningsansvaret skall omfatta alla sådana förpliktelser som hade kunnat undvikas om befintliga eller tillkommande bolagsborgenärer givits tillfälle att vidtaga adekvata åtgärder. Innebörden av det sagda är t.ex. att ett *låneavtal* som ingås *före* den ifrågavarande brytpunkten, dvs. underlåtenhetstidens inledning, med avseende på kapitalbeloppet inte kan ses som en uppkommande förpliktelse som omfattas av

betalningsansvaret, t.o.m. i det fallet där borgenären låter sig nöja med en säkerhet som icke är fullgod. En annan sak är om låneavtalet medger, att lånet sägs upp till omedelbar betalning när säkerhetens värde undergått väsentlig minskning, och detta också har skett. I den mån en tillämpning av en sådan uppsägningsklausul skulle ha givit borgenären ytterligare säkerheter, vid en *rättidig varning*, torde betalningsansvaret omfatta denna kompensation. Såsom Lindskog konstaterat, torde räntan följa kapitalet (se Lindskog s. 243). Även med en rätttidig varning hade borgenären inte kunna vidta några åtgärder till undvikande av rättsförluster i vad avser räntan. *För hyres- och leasingavtal* som ingåtts före brytpunkten torde betalningsansvaret omfatta hyror under underlåtenhetstiden intill dess hyresvärden, uthyraren (eller leasegivaren) beretts möjlighet att vidtaga åtgärder för undvikande av rättsförluster. Betalningsansvaret omfattar hyror under en viss begränsad övergångsperiod, men inte den skadeståndsskyldighet som följer av att avtalet bringats till upphörande i förtid. Det sagda gäller också *anställningsavtal* som träffats före brytpunkten, och förpliktelsen att betala lön för genomförd arbetsprestation. Betalningsansvaret bör emellertid inte omfatta lagstadgad uppsägningslön, avtalat avgångsvederlag, etc. (jfr Lindskog s. 243).

Beträffande sådana skyldigheter, dvs. hyra under en avtalsstipulerad uppsägningstid, lag- eller avtalsstadgad uppsägningslön, avgångsvederlag, skadeståndsskyldighet för förtida uppsägning av avtal, m.m. hade en rättidig varning till den ifrågavarande borgenären normalt icke kunnat leda till ett vidtagande av åtgärder som resulterat i undvikandet av just dessa rättsförluster. Med andra ord, hade bolagets styrelse givit borgenärerna signaler i tid genom upprättandet av kontrollbalansräkning, m.m., så skulle dessa förpliktelser ändå ha uppkommit på grund av de tidigare ingångna avtalen, utan möjlighet för borgenärerna att förbättra sin ställning för motsvarande fordringar eller rättigheter. Det sagda gäller också ett *leveransavtal* som upprättats före brytpunkten, enligt vilket leverans också skett dessförinnan. Sker däremot leveransen efter brytpunkten, utan att leverantören kan utnyttja sin s.k. stoppningsrätt

eller motsvarande, får betalningsansvaret anses omfatta hela betalningsskyldigheten enligt avtalet. En rättidig varning hade givit leverantören möjligheten att innehålla leveransen eller häva avtalet. I enlighet med vad som ovan sagts om hyra m.m. skall emellertid betalningsansvaret inte omfatta skadeståndsskyldighet på grund av utebliven leverans till följd av en hävning. Avser leveransavtalet en bolagets skyldighet att leverera mot förskottsbetalning, som skett före brytpunkten, faller denna betalning utanför betalningsansvaret. Har däremot förskottsbetalning skett efter brytpunkten, gäller det motsatta. För konsultavtal gäller i princip detsamma som för anställningsavtal. Ett licensavtal följer i huvudsak principerna för hyresavtalet. För provisionsavtal som ingås före brytpunkten, är principerna desamma.

I det specialfall som förekom i NJA 1981 s. 801, som främst avsåg frågan om en provisionsfordran utgjorde massafordran i konkurs, skulle en tilllämpning av här formulerad princip förmodligen utfalla så, att om det arbete som föranleder provisionsförpliktelsen fortskrider till ett slutgiltigt resultat före underlåtenhetens upphörande, skall provision för det slutliga resultatet omfattas av betalningsansvaret. I det i NJA 1981 s. 801 aktuella fallet skulle således en tillämpning av principen medföra, att betalningsansvaret omfattade provisionsförpliktelsen. I fallet hade en mäklare anvisat en köpare före underlåtenhetstidens inledning, och en försäljning hade kommit till stånd under underlåtenhetstiden. Det förhållandet att provisionsfordringen i fallet inte kvalificeras som en massafordring i konkurs grundas på andra överväganden (bl.a. prioritetsordning i konkurs) än sådana som ligger till grund för här aktuella bestämmelser.

Såvitt gäller *rättegångskostnader* är rättsläget oklart. För det fall borgenären väckt talan före underlåtenhetstidens inledning, bör de kostnader som åsamkats borgenären under underlåtenhetstiden omfattas av betalningsansvaret, men också endast sådana kostnader som uppkommer så länge underlåtenheten består. Om talan väckts efter brytpunkten, dvs. under underlåtenhetstiden, får betalningsan-

svaret således anses omfatta rättegångskostnader under underlåtenhetstiden men inte därefter.

4. Vad nu sagts om förpliktelsers uppkomst gäller, *mutatis mutandis*, de fall underlåtenheten enligt ABL 13:17 avser dröjsmål med sammankallandet till en första kontrollstämma i enlighet med ABL 13:14 och dröjsmål med likvidationsansökan hos rätten i enlighet med ABL 13:16. Principerna är desamma för aktieägares ansvar enligt ABL 13:18. De som däremot handlar på bolagets vägnar med vetskap om styrelsens underlåtenhet, ansvarar endast för förpliktelser som "därigenom" uppkommer för bolaget. Såsom framgått ovan, innebär ett handlande på bolagets vägnar såväl medverkan i beslut som verkställighet av beslut som medför att förpliktelse för bolaget uppkommer. Detta kan t.ex. innebära, att en bolagsföreträdare blir ansvarig för en förpliktelse som uppkommit som ett resultat av tidigare förbindelse eller avtal, i enlighet med vad som ovan diskuterats. Även om t.ex. bolagsföreträdaren inte medverkat på något sätt i ingåendet av ett hyresavtal, kan ett handlande på bolagets vägnar resultera i ett betalningsansvar för senare hyresförpliktelser. Detsamma gäller tidigare tecknade leveransavtal, när bolagsföreträdaren genom sitt handlande utlöser leveranser. Ansvaret är emellertid begränsat till just de förpliktelser som uppkommer på grund av handlandet.

   Om avräkningsfrågor och andra särskilda frågor som berör invändningsrätt, m.m. se Lindskog s. 244 ff. För frågan om när en skatteskuld uppkommer, se Löfgren och Kornfeld, Personligt ansvar, 3 uppl. s. 75. Huvudregeln syns vara att en skatteskuld uppkommer vid inkomstårets slut, se NJA 1971 s. 85. I den departementspromemoria som låg till grund för lagen (1971:1072, ändrad 1997:517) om förmånsberättigade skattefordringar m.m. uttalades emellertid ståndpunkten, att en förpliktelse att betala skatt uppkommer redan vid själva intäktens uppkomst. En intäkt som sådan utlöser emellertid icke skatt. Det är endast om intäkten efter avdrag för kostnader ger upphov till en vinst som redovisas i årsbokslutet som en skattefordran kan tänkas uppkomma. Förhållandet är ett annat beträffande moms, källskatt, arbetsgivaravgifter, etc. I sådana fall

kan förpliktelsen att betala skatt eller avgift uppkomma mera regelbundet vid ett flertal tillfällen under inkomståret. Se härom skattebetalningslagen (1997:483).

18. Ansvarsperiodens upphörande

Av ABL 13:17 följer, att underlåtenhetsansvaret endast avser de förpliktelser som uppkommer under den tid underlåtenheten består. Ansvaret härför kan således bringas till upphörande genom att kontrollbalansräkning upprättas, en första kontrollstämma sammankallas, etc. i enlighet med skyldigheterna i ABL 13:12–16. I ABL 13:19 anges härutöver en *sluttidpunkt* för ansvaret. Ansvaret gäller inte för förpliktelser som uppkommer sedan en ansökan om tvångslikvidation enligt ABL 13:16, 2 st. ingivits av behörig sökande. Ansvaret upphör också under alla förhållanden om en kontrollbalansräkning som utvisar full kapitaltäckning i enlighet med ABL 13:13, och som granskats av bolagets revisor, lagt fram på bolagsstämma. Slutligen upphör ansvaret för uppkomna förpliktelser när bolagsstämman, PRV eller rätten beslutat om likvidation. Det kan antecknas, att det för ansvarets upphörande är tillräckligt, att bolagsstämman *beslutat* om likvidation. Ytterligare åtgärder av t.ex. verkställighetskaraktär erfordras icke. Samtidigt bör iakttas begränsningen i ABL 13:44 angående beslut om *upphörande* av likvidation. Däremot medför inte betalningsinställelse, likvidation, företagsrekonstruktion eller konkurs i sig att ansvaret för dessförinnan uppkommande förpliktelser upphör (jfr RH 1994:17).

Om bolaget väljer alternativet att inte gå i likvidation, eller ansöka härom, kvarstår således endast möjligheten att få till stånd full kapitaltäckning samt att upprätta en kontrollbalansräkning för granskning av bolagets revisor och framlägga denna på bolagsstämma. Det förhållandet att en *de facto* full kapitaltäckning så småningom skett är inte tillfyllest. Ej heller framgår av lagbestämmelsen eller förarbetena härtill att en ordinarie balansräkning inom ramen för årsredovisningshandlingarna som reviderats av bolagets revisor och framlagts på bolagsstämma medför att betalningsansvaret upphör, även om en sådan balansräkning utvi-

sar full kapitaltäckning. Enligt min mening (se även Lindskog s. 232) bör den ordinarie balansräkningen i reviderat och fastställt skick – och innebärande full kapitaltäckning – också kunna utgöra grund för ansvarighetens upphörande, särskilt som en sådan balansräkning ofta innehåller en försiktighetsmarginal.

Litteratur

Aalto, Johan, Medför en styrelseledamots kännedom om ett visst sakförhållande att aktiebolaget ifråga är i ond tro beträffande detta sakförhållande, JFFT 1991 s. 1 ff.

Abrahamsson, O Lundius, A, Lundvall, S, Pettersson, P och Schött, A, EG:s bolagsrätt, Stockholm 1991.

Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, Juristförlaget i Lund 1989.

– Avtalsrätt II, 3 uppl., Juristförlaget i Lund 1991.

Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del, föreläsningar, första häftet, Stockholm 1959 och tredje häftet, Stockholm 1964.

Almén, Tore, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905, 3 uppl., rev. av Rudolf Eklund, Stockholm 1934.

Andenæs, Mads Henry, Aksjeselskapsrett, Bergen 1981.

– Aksjeselskapsrett, 2 udgave Grafisk Hus a.s, Oslo 1992.

Andersen, Paul Krüger, Aktie- og anpartsselskabsret, 3 udgave, Munksgaard, København, 1991.

Andersson, Jan, Om verkliga värden och den aktiebolagsrättsliga världen, i SvJT 1993, s 566 ff.

– Om vinstutdelning från aktiebolag. En studie i aktiebolagsrättsliga skyddsregler, Iustus Förlag, Uppsala 1995.

Barts, m fl, Grosskommentar, Aktiengesetz, Erste Band, §§ 1–144, Berlin 1961.

– Grosskommentar, Aktiengesetz, Erster Band, §§ 1–75, Berlin, New York 1973.

Beckman, N., Holmberg, C., Hult, B. och Strahl, I., Kommentar till Brottsbalken II, Brotten mot allmänheten och staten m m, 3 uppl., Stockholm 1973 och 5 uppl., Stockholm 1982.

Bengtsson, Bertil, Om gåvobegreppet i civilrätten, i SvJT 1962, s 689 ff.

Bergendal, Ragnar, Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden enligt svensk rätt, Gleerupska universitetsbokhandel, Lund 1922.

Bergström, C., Högfeldt, P. och Samuelsson, P., Om kravet på likabehandling av aktieägare, TfR 1994 s. 117 ff.
Bergström, Sture, Skatter och civilrätt, Stockholm 1978.
– Hur bör förarbetena användas vid tolkning av skattelag?, SN 1984 s 309 ff.
Birke, Gunne, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma, SvJT 1956 s 652 ff.
– Bolagsordning i aktiebolag, sjunde omarbetade upplagan, Industriförbundets förlag AB, 1991.
– Några spörsmål i fråga om jäv för aktieägare eller ombud för aktieägare på bolagsstämma, TSA 1969 s 11 ff.
Blix, C., Moberg, K., Bogdan, M. och Lindquist, B., Letters of Comfort, Handelsrättslig skriftserie nr 1, Institutionen för Handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1989.
Bjurling, Erik, Anmälan av Knut Rodhe. Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag. Ny lagstiftning år 1973, Stockholm 1973, SvJT 1974 s 138 ff.
Blomberg, Gunnar, Bruttometoden vid utdelning av sakvärden, Advokaten 1994:3 s 126 ff.
– Nettometoden och koncernbidragen, JT 1993-94 s. 868 ff.
– Olovlig utdelning-hovrätten använde bruttometoden?, Balans 1994:2 s. 32 ff.
Bomgren, Gunnar, Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen, SvJT 1955 s 62 ff.
Borgström, Carl, Koncernrättsliga problem, Stockholm 1970.
Bramsjö, Sven, Anmälan av E. Danielssons avhandling Aktiekapitalet, SvJT 1953 s 241 ff.

Cederberg, Laur, Minoritetsskydd i aktiebolag. Förhandlingarna å det femtonde nordiska juristmötet i Stockholm den 27–29 augusti 1931, s. 50 ff, Stockholm 1931.
– Till frågan om likställighetsprincipens tillämpning inom handelsbolagsrätten, Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av Riksens ständers beslut II, Stockholm 1934.

- Kan, i händelse bolagsordningen intet därom stadgar, beslut om upplösning av aktiebolag fattas med röstövervikt och i så fall vilken?, JFFT 1932 s. 161 ff.
- Anmeldelse av Nial, Håkan, Om klanderbara och ogiltiga stämmobeslut. Några paralleller mellan svensk och finsk aktiebolagsrätt, TfR 1935 s. 435 ff.
- "Generalklausulen" i finsk aktiebolagsrätt, TfR 1937 s. 423 ff.

Cervin, Ulf, Om passivitet inom civilrätten, P A Norstedt & Söners Förlag, Lund 1960.

Danielsson, Erik, Aktiekapitalet, Lund 1952.
- Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst i aktiebolag, SvJT 1954 s 571 ff.
- Kommentar till G Bomgrens artikel Fondskatteförordningen och aktiebolagslagen i SvJT 1955, s 62, SvJT 1955 s 273 ff.

Dotevall, Rolf, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Stockholm 1989.

Edgren, Björn, Obestånd – vad är det?, Balans 7/1979, s 4 ff.

Giertsen, J, Kan et aksjekjøp finansieres av selskapets ejne midler? Den Norske Advokatforening, Nr 55, Oslo 1990.

Gomard, Bernhard, Aktieselskabsret, 2 udgave, Juristforbundets Forlag, København 1970 (samt 1 upplagan av samma arbete. Köpenhamn 1966).
- Suppleanter for bestyrelsemedlemmer i aktie- og anpartsselskaber, UfR (B) 1979 s 157 ff.
- Aktieselskaber og anpartsselskaber, 3 uppl., Danmark 1990.
- Aktieselskaber og anpartsselskaber, Jurist- og Økonomforbundet, 1992.
- Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. omarbejdede udgave, Jurist- og Økonomforbundet, Randers 1996.

Gometz, Ulf, Spelet om brutto och netto, Ett drama i många akter, Balans 1994:6-7 s. 12 ff.

– Utdelning av sakvärden: Kommentarer till utlåtande. (Utlåtande avgivet i anledning av den av Hovrätten för Västra Sverige, avdelning, meddelade domen 1993-12-16 DT 38, T 616/91, vilken har överklagats till HD).
Gometz, Ulf och Huldén, Lennart, Utdelning av sakvärden – bruttometod eller nettometod?, Balans 12/1992, s 35 ff.
Grosskopf, Göran, Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor, Malmö 1989.

Hamberg, Sten, Hur skall vederlagsfri pantsättning redovisas?, Balans 3/1981, s 26 ff.
Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl., 1993 Stockholm.
– Nobelutredningen. Några reflexioner, JT 1992/93 s 729 ff.
Hjerner, Lars, Sken, bulvanskap, kringgående – genomsyn eller förträngning?, Festskrift till Hans Thornstedt, Stockholm 1983, s 269 ff.

Johansson Sven-Erik och Rodhe, Knut, Redovisning av koncernbidrag, Balans 1/1978, s 30 ff.
Johansson, Svante, Bolagsstämma, Stockholm 1990.

Karlgren, Hjalmar, Om stiftelseurkund och aktieteckning, Lund 1930.
– Några aktierättsliga anteckningar i anledning av ett par rättsfall, SvJT 1938 s. 187 ff.
– Ett gammalt tvisteämne: nullitet och angriplighet. En rättssystematisk undersökning, i Festskrift till Professor Dr. Juris Henry Ussing 5. maj 1951, Juristorbundet, 1951.
– Ändamålsbestämmelse och stiftelse, Lund 1951.
Karlsson, B, Dispenser från låneförbudet enligt aktiebolagslagen, Lund 1981.
Karlström, Henrik, Är ett löfte att teckna aktier rättsligt oförbindande? JT 2002/03 s. 57 ff.
Kedner, Gösta, Former för koncerninterna vinstöverföringar, Studentlitteratur, Lund 1985.
– Former för koncerninterna vinstöverföringar, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund 1990.

- Kommentar till aktiebolagslagen och bokföringslagens regler om årsbokslut, 9 uppl., Studentlitteratur, Lund 1992.
- Utdelningsbelopp skall inkludera skatt på utdelad egendom, Balans 1983:9 s. 14 ff.

Kedner, Gösta och Roos, Carl-Martin, Aktiebolagslagen. Del I, kap. 1-10 och Del II, kap. 11-19 jämte bokföringslagens bestämmelser om årsbokslut med kommentar, 4 uppl., Norstedts Juridikförlag, Stockholm 1991.

Kleineman, Jan, Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1987.
- Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993/94 s. 439 ff.
- Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation, JT 1994-95:3 s 430 ff.

Lennander, Gertrud, Återvinning i konkurs, Lund 1985.

Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987.

Lindskog, Stefan, Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s.k. bristtäckningsansvar, SvJT 1992 s 81 ff.
- Om kapitaltillskott, JT 1992-93 s 847 ff.
- Om olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar, JT 1992-93 s 82 ff.
- Aktiebolagslagen. 6:e och 7:e kap. Aktiekapitalnedsättning och egna aktier. Juristförlaget, Stockholm 1995.
- Aktiebolagslagen. 12:e och 13:e kap. 2 uppl. Kapitalskydd och likvidation. JF-kommentaren. Juristförlaget, Stockholm 1995.
- Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar. Stockholm 2001.
- Pant i egen skuld, SvJT 1983 s 535 ff.
- Preskription, Stockholm 1990.

Löfmarck, Madeleine, Brotten mot borgenärer, tolkning och tillämpning av straffbestämmelserna i 11 kap brottsbalken, 2 uppl., Lund 1986.

Mallmén, Anders, Lagen om ekonomiska föreningar. Kommentar med formulär m.m., 3 uppl., Fritzes Förlag AB, Stockholm 2002.

Margulies, H och Roos, Carl Martin, Utdelning av dolda reserver, Balans 8/1981, s 26 ff.
Mattsson, Nils, Hur tolkas skattelag?, SST 1981 s 291 ff.
Moberg, Krister, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Stockholm 1998.
Müllern, Mats, Lån från dotterbolag till moderbolag har med hänsyn till låntagarens ekonomi ansetts som förtäckt vinstutdelning, JT 1990-91 s 85 ff.

Nelson, Maria, Überseering-domen utgör ingen ändring av EG-domstolens praxis, NTS 2002:4 s. 417 ff
Nerep, Erik, Sale and lease back av fast egendom – obligationsrättslig, sakrättslig och skatterättslig giltighet, SST 1989 s 299 ff.
– Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag, SST 1993 s 353 ff.
– Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet, Juristförlaget, Stockholm 1994.
– Anmälan av Stefan Lindskog, Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation. Juristförlaget, Stockholm 1994. 355 s JT 1994-95 s. 784 f.
– En slutreplik från Erik Nerep, Balans 1994:6-7 s 50 ff.
– Om borgenärsskyddet i aktiebolag, SvJT 1994 s 549 ff.
– Syftet med utbetalningsförbudet i ABL. Kommentar till kommentar, Balans 1994:4 s 40 ff.
– Utdelning av sakvärden i aktiebolag (brutto- respektive netto-metoden). Kommentar med anledning av ett hovrättsavgörande, JT 1993-94 s 641 ff.
Nial, Håkan, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, Stockholm 1934.
– Aktiebolagsrättsliga studier, Stockholm 1935.
– Aktiebolagsrättsliga studier. Röstavtal. Enmansbolag och dotterbolag. Fusion, Stockholm 1935.
– Om förvärv i strid mot legala förbud, TfR 1936 s 1 ff.
– Två aktiebolagsrättsliga prejudikat, SvJT 1943 s 697 ff.

- Aktiebolagsrätt. Föreläsningar över 1944 års aktiebolagslag, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1946.
- Om aktiebolag, Stockholm 1947.
- Svensk rättspraxis, Bolags- och föreningsrätt 1948-1953, SvJT 1955 s 255 ff.
- Till begreppet moder- och dotterbolag, JFFT 1973 s 225 ff.
- Till frågan om kompetensfördelningen mellan stämma och styrelse i aktiebolag, Festskrift till Knut Rodhe, Stockholm 1976, s 329 ff.
- Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser, skrift nr 80 utgiven av Svenska Bankföreningen, Stockholm 1948, 2 uppl., Stockholm 1972 samt 3 uppl., Stockholm 1979.
- Om handelsbolag och enkla bolag, 2 uppl., Norstedts, Stockholm 1983.
- Om handelsbolag och enkla bolag, omarbetad i samverkan med Carl Hemström, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1992.
- Svensk associationsrätt i huvuddrag, 4 uppl., Norstedts Förlag, Stockholm 1988.
- Svensk associationsrätt i huvuddrag 7 uppl. omarbetad i samverkan med Svante Johansson, Norstedts Juridikförlag 1998.
- Om nullitet och kompetensogiltighet s 1 ff, Festskrift till Anders Agell, Uppsala 1994.

Nobelutredningen, Nobel Industrier, Gamlestaden, Erik Penser och bankerna -Händelseförlopp, bedömningar och förslag, rapport från en av Stockholms fondbörs tillkallad utredning, nr 10 i Stockholms fondbörs skriftserie.

Olsson, Curt, Aktiebolagslagens generalklausul modell Finland, i Festskrift till Professor Dr. Juris O. A. Borum 30 juli 1964 s. 349 ff, Juristforbundets Forlag, København 1964.

Pehrson, Lars, Förvärv av egna konvertibler och teckningsrättsoptioner, i Festskrift till Gotthard Calissendorff s. 219 ff, Norstedts, Stockholm 1990.

– Generalklausuler i aktiebolagslagen, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987 s 483 ff. Rättsvetenskapliga studier, Norstedts Förlag, Stockholm 1987.
– Olovlig vinstutdelning än en gång. Några kommentarer med anledning av professor Stefan Lindskogs artikel i JT 1992-93 s 82 ff, JT 1992-93 s 969 ff.

Penser, Wilhelm, Kan utdelning å aktier beslutas å annan än ordinarie bolagsstämma eller fortsatt stämma?, SvJT 1953 s 278 ff.

Posselius, Elisabeth, Ett par bolagsrättsliga prejudikat, Bolags- och skatterättsliga uppsatser, Handelsrättslig skriftserie Nr 5, utgiven av Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1992.
– Lätt trampa fel bland lånereglerna, Balans 1990:11 s. 10 ff.
– Ogiltig pantsättning eller inte?, Balans 1991:12 s. 36 ff.
– Personligt betalningsansvar i aktiebolag, Ifrån amanuenserna till professorerna. En vänbok till professorerna Boel Flodgren och Axel Adlercreutz, Handelsrättslig skriftserie Nr. 7, utgiven av Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1992.

Prytz, Jesper och Tamm, Mart, Tillskott utan aktieteckning. Skrifter utgivna av Institutet för bolags- och värdepappersrätt nr. 4, Stockholm 1995.

Rodhe, Knut, Aktiebolagsrätt enligt 1944 års lag om aktiebolag, Hermods korrespondensinstitut, Malmö 1947.
– Aktiebolagsrätt enligt 1944 års lag om aktiebolag, 7 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973.
– Aktiebolagsrätt, Enligt 1975 års aktiebolagslag, 8 uppl., P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1976
– Aktiebolagsrätt, Enligt 1975 års aktiebolagslag, 12 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1985.
– Aktiebolagsrätt, 19 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2000.
– Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag. Ny lagstiftning år 1973, 2 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1973.
– Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s 481 ff.

– Studier i bolags- och krediträtt. Skrifter i urval 1944-1989, Norstedts, Stockholm 1989.
Roos, Carl Martin, Avtal och rösträtt. En aktiebolagsrättslig studie, Almquist & Wiksell Förlag AB, Uppsala 1969.
– Stöd till anställdas aktieförvärv – generositet eller beräkning, Festskrift till Knut Rodhe, s. 359 ff, Stockholm 1976.

Sacklén, Mats, Om borgenärsskyddet i aktiebolag – en replik, SvJT 1994 s 727 ff.
– Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994 s 136 ff.
– Om värdebestämningen vid sakutdelning, JT 1994-95 s 79 ff.
Sandström, Torsten, Kan dolda reserver utdelas i smyg?, Balans 2/1982, s 25 ff.
af Schultén, Gerhard, Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott). Förhandlingar vid det 30 Nordiska juristmötet, del I s. 77, Oslo 1984.
Skarstedt, Sigfrid, Nya aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910 med förklarande anmärkningar, formulär och sakregister m.m. Stockholm 1910.
– Nya aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910 med förklarande anmärkningar, formulär och sakregister m.m. 2 uppl., Stockholm 1913.
– Allmänna aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910 jämte därtill hörande författningar med förklarande anmärkningar, formulär och sakregister m.m. P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1937. - Allmänna aktiebolagslagen av den 12 augusti 1910 jämte därtill hörande författningar, 7 uppl., Stockholm 1942.
Stenbeck, E., Wijnbladh, M. och Nial, H., Den nya aktiebolagslagen jämte dithörande författningar med förklaringar, 5 rev uppl., Stockholm 1966.
Svernlöv, Carl, Om VD:s behörighet att mottaga delgivning för bolaget, SvJT 1995 s 80 ff.
– Styrelsesuppleantens personliga ansvar enligt aktiebolagslagen, SvJT 1995 s 124 ff.

Taxell, Lars Erik, Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättshandla, 1946.
- Bolagslednings ansvar, Åbo 1983.
- Aktiebolagets organisation. Meddelanden från stiftelsen för Åbo akademi forskningsinstitut nr 79, Åbo 1983.
- Aktiebolagets verkställande direktör. Rättslig ställning, kompetens och ansvarighet. JFFT 1947 s. 46 ff.

Thorell, Per, ÅRL Årsredovisningslagen. Lagkommentar, Iustus Förlag AB, Uppsala 1996.

Thornstedt, Hans, Legalitet och teleologisk metod i straffrätten, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Stockholm 1955, s 319 ff.

Tiberg, Hugo, Mellanmansrätt, 7 uppl., Stockholm 1986.

Tries, H-J, Verdeckte Gewinnausschüttungen im GmbH-Recht, Köln 1991.

Vahlén, Lennart, Fastighetsköp, Stockholm 1968.

Walin, Gösta, Borgen och tredjemanspant, Lund 1989.

Werlauff, Erik, Aktieselskabers gaveydelser, UfR (B) 1982 s. 203.
- Generalforsamling og beslutning, FSRs FORLAG, Viborg 1983.
- Udsultning af minoritetsaktionærer, I UfR 1985, B, s 193.
- Selskabsrett, G E C Gads Forlag, København 1989.
- Selskabsmasken, loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten, G E C Gads Forlag, Köpenhamn 1991.
- Selskabsret, 2. reviderede udgave G E C Gad, København1994
- Ultra vires doktrinen og publicitetsdirektivet, TfR 1995 s. 780 ff.

Wilhelm, Julius, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, band II, Köln (O. Schmidt) 1978, s 337 ff.

Åhman, Ola,, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, Uppsala 1997.

Aktiebolagsrättslig analys

Ett tvärsnitt av nyckelfrågor

"Aktiebolagsrättslig analys" innehåller en problemorienterande studie av avgörande och kritiska avsnitt i aktiebolagsrätten. I fokus är gällande rätt, men i belysning av såväl Aktiebolagskommitténs förslag till ny aktiebolagslag (SOU 2001:1) som EU-rätt. Analysen omfattar bl.a. följande områden.

1. Ansvarsgenombrott
2. Koncerndefinitionen
3. Tillskottsplikten vid apport- och kontantemissioner samt tillskottspliktens reglering i övrigt
4. Aktiebolags förvärv av egna aktier
5. Jäv och intressekonflikter
6. Likhetsgrundsatsen och generalklausulen
7. Klanderinstitutet – ogiltighet och kausalitet
8. Vinstutdelning, nedsättning och utlåning
9. Likvidation och ansvar vid kapitalbrist

Avsnitt 8 utgör en vidareutveckling av författarens tidigare utgivna verk "Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet" med beaktande av senare tids rättspraxis och rättsutveckling i övrigt.

Författaren är professor i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm och har givit ut ett flertal verk i aktiebolags-, kredit- och konkurrensrätt.

ISBN 91-973587-6-2

STOCKHOLM SCHOOL OF ECONOMICS
FACULTY OF LAW

Publication No. 11

BESTÄLLNINGAR: NORSTEDTS JURIDIK AB · KUNDSERVICE · 106 47 STOCKHOLM
FAX 08-690 91 91 · TEL 08-690 91 90 · VÄXEL 08-690 91 00
E-POST: kundservice.njab@liber.se
www.njab.se