



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

Juridiska institutionen

Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Vårterminen 2009

# Minimikrav på aktiekapital i privata aktiebolag

- En funktionell och komparativ studie av minimikapitalkravet och tillhörande regler

Tillämpade studier 30 hp

Juridik  
Bolags- och insolvensrätt

Handledare  
Rolf Dotevall

Författare  
Linus Paulsson, 840531-4652

## **Tillämpade studier (30 hp) inom bolags- och insolvensrätt**

Titel: Minimikrav på aktiekapital i privata aktieföretag  
– En funktionell och komparativ studie av minimikapitalkravet  
och tillhörande regler

Handledare: Rolf Dotevall

Författare: Linus Paulsson

Datum: 2009-04-26

Ämnesord: Bolagsrätt, Insolvensrätt, EG-rätt, Aktiekapitalkrav, Minimikapitalkrav, Kapitalkrav, Konkurs, Insolvens, Wrongful trading, Fraudulent trading, Insolvenzverschleppungshaftung, Gläubigerschädigung, Faute de gestion, Fiduciary duty, Fraudulent transfers, Privat aktieföretag, Limited company, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Unternehmergesellschaft, Société à responsabilité limitée, Limited liability company, England, Tyskland, Frankrike, USA.

## **Sammanfattning**

Affärsverksamhet i företagsform medför en risk för samtliga parter som tillskjuter kapital i företaget. Aktieföretagsformen ger ägarna ansvarsfrihet vad gäller företagets förpliktelser och som substitut har ett minimikapitalkrav upprättats till skydd för företagets borgenärer.

Minimikapitalkravets nivå har varierat sedan i mitten av 1800-talet och den har återigen ifrågasatts bland annat i SOU 2008:49. Denna uppsats ifrågasätter inte bara minimikapitalkravets nivå utan undersöker även dess lämplighet i övrigt samt ställer det svenska regelverket i komparation till alternativa system, funna i England, Tyskland, Frankrike och USA.

Uppsatsen tar hänsyn till reglernas effekter ur såväl ett nationellt som ett gränsöverskridande perspektiv. Därtill undersöks reglernas lämplighet ur ett europarättsligt perspektiv.

# Innehållsförteckning

<b>1</b>	<b>INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1	BAKGRUND	7
1.2	SYFTE	7
1.3	METOD	8
1.4	AVGRÄNSNING	8
1.5	DISPOSITION	8
<b>2</b>	<b>FAKTA</b>	<b>9</b>
2.1	RISKER MED PRIVATA AKTIEBOLAG	9
2.1.1	<i>Risk som träffar ägare såväl som borgenärer</i>	9
2.1.2	<i>Risk som träffar endast borgenärer</i>	9
2.2	KAPITALSKYDD OCH NÄRLIGGANDE BorgenÄRSSKYDD	10
2.2.1	<i>Sverige</i>	10
2.2.1.1	Minimikapitalkravet	10
2.2.1.2	Minimikapitalkravets historia	11
2.2.1.3	Värdeöverföringsreglerna	11
2.2.1.4	Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist	12
2.2.1.5	Skadestånd enligt ABL	13
2.2.1.6	Brott mot borgenärer	14
2.2.1.7	Återvinning vid konkurs	14
2.2.2	<i>England</i>	15
2.2.3	<i>Tyskland</i>	15
2.2.4	<i>Frankrike</i>	16
2.2.5	<i>USA</i>	17
2.3	EUROPARÄTTEN PÅ OMRÅDET	19
2.3.1	<i>Etableringsfrihet</i>	19
2.3.2	<i>Bolags- och insolvensrättens lagval</i>	20
2.3.3	<i>Ny bolagsform</i>	20
<b>3</b>	<b>ANALYS</b>	<b>21</b>
3.1	BORGENÄRSKOLLEKTIVET	21
3.1.1	<i>Olika borgenärsgupper</i>	21
3.1.2	<i>Finns det ett behov av borgenärsskyddsregler?</i>	21
3.1.2.1	Kan borgenärerna skydda sig själva?	21
3.1.2.2	Varför ska borgenärerna skyddas?	23
3.1.3	<i>Svenska regler ur ett nationellt perspektiv</i>	24
3.1.3.1	Minimikapitalkravet	24
3.1.3.1.1	Buffert	24
3.1.3.1.2	Hinder mot spädning av det egna kapitalet	27
3.1.3.1.3	Hinder mot missbruk	27
3.1.3.1.4	Kollektiv försäkring	28
3.1.3.2	Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist med mera	28
3.1.3.2.1	Varning för tillkommande borgenärer	28
3.1.3.2.2	Incitament att överblicka bolagets egna kapital	28
3.1.3.2.3	Incitament till borgenärsskyddande förvaltningsstrategi	29
3.1.3.2.4	Reparation av borgenärsskador	29
3.1.3.2.5	Den kritiska punktens position	31
3.1.3.2.6	Den kritiska punktens förutsebarhet	33
3.1.4	<i>Gränsöverskridande konkurser</i>	33
3.2	BOLAGSKOLLEKTIVET	34
3.2.1	<i>Finns det intresse av att eftersträva en ökad tillgänglighet till privata aktiebolag?</i>	34
3.2.1.1	Vilken påverkan har tillgängligheten till den privata aktiebolagsformen?	34
3.2.1.2	Varför eftersträva ökat nyföretagande och fler omstruktureringar?	34
3.2.2	<i>Svenska regler ur ett nationellt perspektiv</i>	35
3.2.2.1	Minimikapitalkravet	35
3.2.2.1.1	Fast belopp utan koppling till verksamhet och risk	35

3.2.2.1.2	Anskaffning av externt kapital .....	36
3.2.2.1.3	Sparande för framtiden .....	36
3.2.2.1.4	Principen om ansvarsfrihet.....	36
3.2.2.1.5	Hinder vid bolagsbildning .....	36
3.2.2.1.6	Förlänger handläggningstiden vid bolagsbildning .....	37
3.2.2.1.7	Lägre transaktionskostnader .....	37
3.2.2.1.8	Standardavtalsfunktion .....	37
3.2.2.1.9	Ökat antal regler.....	38
3.2.2.2	Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist.....	38
3.2.2.2.1	Lägre transaktionskostnader .....	38
3.2.2.2.2	Standardavtalsfunktion .....	38
3.2.2.2.3	Ökat antal regler.....	38
3.2.3	Gränsöverskridande konkurser.....	39
3.2.4	Societas Privata Europea.....	39
3.3	SVENSKA STATEN .....	39
3.3.1	Mellanstatlig konkurrens om bolagen inom EU.....	39
<b>4</b>	<b>SLUTSATS .....</b>	<b>41</b>
4.1	SAMLAD BEDÖMNING AV DE ARGUMENT SOM ANFÖRTS I UPPSATSEN .....	41
4.2	FÖRSLAG TILL ÄNDRING AV SVENSKA REGLER .....	43
<b>5</b>	<b>KÄLLFÖRTECKNING.....</b>	<b>45</b>
5.1	RÄTTSPRAXIS .....	45
5.1.1	EG-rättsfall .....	45
5.1.2	Svenska rättsfall.....	45
5.1.3	Utländska rättsfall.....	45
5.2	OFFENTLIGT TRYCK.....	45
5.2.1	Svenskt offentligt tryck.....	45
5.2.2	Utländskt offentligt tryck .....	45
5.3	FÖRFATTNINGAR.....	45
5.3.1	Svenska författningar.....	45
5.3.2	Utländska författningar .....	46
5.4	FÖRDRAG .....	46
5.5	FÖRORDNINGAR .....	46
5.6	DIREKTIV.....	46
5.7	DOKTRIN.....	47
5.7.1	Svensk litteratur .....	47
5.7.2	Svenska artiklar .....	47
5.7.3	Utländsk litteratur.....	47
5.7.4	Utländska artiklar.....	48
5.8	PERSONLIG KONTAKT .....	48
5.9	INTERNETKÄLLOR .....	49

# Förkortningar och utländska namn

AALL – American Association of Law Libraries

ABF – Aktieförordning (2005:559)

ABL – Aktieförordning (2005:551)

AF – L'administration fiscale – Skatteadministrationen i Frankrike

BC – Bankruptcy Code – Federal insolvensrättslig lag i USA

BERR – Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform i England

BFL – Bokföringslag (1999:1078)

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch – Tyska civillagen

BJ – Bundesministerium der Justiz – Justitieministeriet i Tyskland

BJS – Bureau of Justice Statistics – Statistisk enhet under amerikanska justitiedepartementet

BL – Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag

BrB – Brottsbalk (1962:700)

CA – Companies Act 2006 – Bolagsrättslig generell akt i England

CC – Code Civil – Franska civillagen

CdC – Code de Commerce – Bolagsrättslig lag i Frankrike

DB – Deutsche Bundesbank – Federala banken i Tyskland

DGCA – Delaware General Corporation Act – Bolagsrättslig generell akt i Delaware

DLLCA – Delaware Limited Liability Company Act – Bolagsrättslig akt för LLC i Delaware

EBOR – European Business Organization Law Review

ECFR – European Company and Financial Law Review

EG – Europeiska gemenskapen

EGD – Europeiska gemenskapens domstol

EGF – Fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen

EL – Lag (1987:667) om ekonomiska föreningar

EU – Europeiska unionen

FedStats – Federal Statistics – Databas med information och statistik från federala myndigheter i USA

FMASS – Financial Management Association Survey and Synthesis Series

FirmaL – Firmalag (1974:156)

GmbH – Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Tysk bolagsform med begränsat personligt ansvar

GmbHG – Deutsches Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Bolagsrättslig lag för GmbH i Tyskland

IA – Insolvency Act 1986 – Insolvensrättslig generell akt i England

IF – Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden

INSEE – Institut national de la statistique et des études économiques i Frankrike – Franska institutet för statistik och ekonomiska studier

KonkL – Konkurslag (1987:672)

LLC – Limited Liability Company – Amerikansk bolagsform med begränsat personligt ansvar

Ltd – Limited Company – Brittisk bolagsform med begränsat personligt ansvar

MBCA – Model Business Corporation Act – Bolagsrättslig generell modellakt i USA som implementerats av majoriteten av delstaterna

MEIE – Ministère de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi – Departementet för ekonomi, industri och arbete i Frankrike

NJA – Nytt juridiskt arkiv

ONS – Office for National Statistics i England

Prop – Proposition

PRV – Patent- och registreringsverket

SB – Statistisches Bundesamt – Federala statistikbyrån i Tyskland

SEC – Securities and Exchange Commission i USA

SEK – Svenska kronor

SkadestL – Skadeståndslag (1972:207)

SOU – Statens offentliga utredningar

SPE – Societas Privata Europea – Privat europabolag

UB – Utsökningsbalk (1981:774)

UG – Unternehmergesellschaft

UFTA – Uniform Fraudulent Transfer Act

ÅRL – Årsredovisningslag (1995:1554)

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den som vill driva verksamhet i Sverige, har flera bolagsformer att välja mellan. Att driva affärsverksamhet medför en risk och den som inte vill ha personligt ansvar kan välja att vara kommanditdelägare i ett kommanditbolag,<sup>1</sup> vara delägare i en ekonomisk förening,<sup>2</sup> äga aktier i ett aktiebolag,<sup>3</sup> privat eller publikt, eller inneha ägande i ett bolag utan personligt ansvar i en annan EU-medlemsstat och driva verksamheten i Sverige genom en filial.<sup>4</sup>

Kommanditbolag kräver åtminstone två bolagsmän varav minst en har personligt ansvar för bolagets förpliktelser.<sup>5</sup> Ekonomisk förening kräver minst tre medlemmar och måste vara öppen för nya medlemmar.<sup>6</sup> Aktiebolag har till skillnad från ekonomisk förening inget öppenhetskrav. Dessutom ges samtliga ägare ansvarsfrihet och bolagsformen tillåter ägarstrukturer med både en och flera ägare.<sup>7</sup> Som ersättning för det personliga ansvaret har man, för aktiebolag, infört kapitalskyddsregler varibland vi har minimikapitalkravet.<sup>8</sup> I andra EU-medlemsstater finns även bolagsformer utan varken ägaransvar eller minimikapitalkrav.<sup>9</sup>

Med bakgrund av verksamhetsrisker, ansvarsfrihet och gränsöverskridande påverkan, är det av intresse att analysera de svenska reglernas funktion ur ett nationellt perspektiv, jämföra dem med alternativa system samt analysera deras funktion utifrån ett gränsöverskridande perspektiv.

## 1.2 Syfte

Regeringen beslutade den 19 september 2007 att låta utreda huruvida det är lämpligt och möjligt att förenkla reglerna för mindre aktiebolag, sänka minimikapitalkravet eller alternativt upprätta en ny bolagsform ägnad åt de mindre verksamheterna.<sup>10</sup>

Denna uppsats syftar till att undersöka och jämföra det svenska minimikapitalkravet för privata aktiebolag samt närliggande regler med alternativa system för att besvara frågorna:

- Finns det ett behov av borgenärsskyddsregler och i så fall varför?
- Erbjuder dagens svenska regler ett tillräckligt borgenärsskydd och i så fall hur?

---

<sup>1</sup> 1:2 BL

<sup>2</sup> 1:3 EL

<sup>3</sup> 1:3 ABL

<sup>4</sup> Se avsnitt 2.3.1

<sup>5</sup> 1:1, 2 BL

<sup>6</sup> 2:1 samt 3:1 EL

<sup>7</sup> 2:3 samt 1:3 ABL

<sup>8</sup> Jmf Skog, R, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, s 21 f

<sup>9</sup> Se avsnitt 2.2.2 samt 2.2.4

<sup>10</sup> Se Dir 2007:132

- Finns det något borgenärsskyddssystem som ger bättre borgenärsskydd än det svenska minimikapitalkravet och varför är svaret jakande/nekande?
- Finns det ett intresse av att eftersträva en ökad tillgänglighet till privata aktiebolag och i så fall varför?
- Medför dagens svenska regler några negativa eller positiva effekter på tillgängligheten till privata aktiebolag och i så fall hur?
- Finns det något borgenärsskyddssystem som kan ge större tillgänglighet till privata aktiebolag än det svenska minimikapitalkravet och varför är svaret jakande/nekande?
- Påverkar regelverkets utformning Sveriges ställning inom EU och i så fall hur?

### **1.3 Metod**

Rättsdogmatisk metod ska skapa förståelse för uppsatsens rättsområde. Rättsekonomisk metod ska ge kännedom om juridikens ekonomiska effekter. Rättssociologisk metod ska ge kunskap om juridikens handlingsreglerande effekter. Empirisk metod ska klargöra svenska bolags ekonomiska förhållanden. Problemorienterad metod ska avgränsa uppsatsens sökområde. Komparativ metod ska belysa svagheter och styrkor i olika rättslösningar.

### **1.4 Avgränsning**

Uppsatsen avgränsas till minimikapitalkravet och de regler som kan påverka bedömningen av minimikapitalkravets funktion. Ansvarsgenombrott lämnas utanför uppsatsens område. Endast privata aktiebolag omfattas av uppsatsen.

Avgränsning görs även till svensk, engelsk, tysk, fransk och amerikansk rätt samt EG-rätt. Svensk rätt är av intresse eftersom uppsatsen rör det svenska kapitalskyddet. Engelsk rätt är av intresse eftersom denna del av Storbritannien länge har haft en rättstradition utan minimikapitalkrav. Tysk rätt är av intresse eftersom den innehåller ett minimikapitalkrav utan att för den delen vara lik den svenska rätten. Frankrike är av intresse eftersom större ändringar rörande minimikapitalkravet nyligen har genomförts. Amerikansk rätt är av intresse eftersom den har frångått ett minimikapitalkrav och är mindre borgenärsorienterad än övriga berörda länder.

De rättsområden som berörs är bolagsrätt, insolvensrätt samt till viss mån straffrätt. Skatterättsliga problem lämnas utanför.

### **1.5 Disposition**

Faktaavsnittet är indelat i tre delar där den första delen behandlar de risker som berör bolag och borgenärer. Den andra delen behandlar det svenska minimikapitalkravet samt nationella regler i samtliga länder som kan ha inverkan på bedömningen av minimikapitalkravets för- och nackdelar. Tredje delen behandlar den europarätt som kan ha inverkan på bedömningen av minimikapitalkravets för- och nackdelar.



Analysavsnittet är även det indelat i tre delar där den första delen behandlar påverkan på borgenärskollektivet. Den andra delen behandlar påverkan på bolagskollektivet och den tredje delen behandlar påverkan på svenska staten.

Därefter ligger uppsatsens slutsats med förslag till framtida regelverk.

## **2 Fakta**

### **2.1 Risker med privata aktiebolag**

#### **2.1.1 Risk som träffar ägare såväl som borgenärer**

En risk med privata aktiebolag är risken för ogynnsamma affärer. Sådana transaktioner torde alla bolag råka ut för förr eller senare. Frågan är dock hur ofta så blir fallet och hur stor skada bolaget lider. En följd, bland annat härav, är de konkurser som äger rum varje år.<sup>11</sup>

En annan risk torde vara att den privata aktiebolagsformen skulle kunna missbrukas på så sätt att man blockerar firmanamn genom nyregistreringar av bolag som sedan läggs på is. Detta hindrar andra från att bedriva verksamhet med det aktuella firmanamnet, vilket kan ha en hämmande effekt på det svenska näringslivet och därmed även för borgenärer som får en minskad efterfrågan på kapital.

#### **2.1.2 Risk som träffar endast borgenärer**

En tredje risk för borgenärerna är att ägarna för över tillgångar från bolaget till sig själva.<sup>12</sup> Detta genom utdelning, återköp av aktier eller överdrivna löner.<sup>13</sup>

En fjärde risk för befintliga borgenärer är att hamna i sämre ställning på grund av att större säkerhet lämnas till efterkommande borgenärer.<sup>14</sup>

En sista risk är att privata aktiebolag används för otillbörligt risktagande eller kriminell verksamhet. Några brott som uppmärksammas är bedrägeri och svindleri, penninghäleri, förskingring och annan trolöshet, brott mot borgenär, bestickning och mutbrott samt skattebrott.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Statistik finns att tillgå hos SCB

<sup>12</sup> De två första riskerna föredras i avsnitt 2.1.1

<sup>13</sup> Jmf Enriques, L, Macey, J R, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against The European Legal Capital Rules*, Cornell Law Review, s 1168

<sup>14</sup> Jmf Enriques, L, Macey, J R, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against The European Legal Capital Rules*, Cornell Law Review, s 1168

<sup>15</sup> Se Skog, R, *Ekonomiska brott i aktiebolag – revisorns handlingsplikt enligt ABL*, s 8 f

## 2.2 Kapitalskydd och närliggande borgenärsskydd

### 2.2.1 Sverige

#### 2.2.1.1 Minimikapitalkravet

Aktiekapitalet ska bestämmas i bolagsordningen,<sup>16</sup> registreras hos bolagsverket,<sup>17</sup> samt återspeglas av en post i balansräkningen.<sup>18</sup> Det medför en gräns för hur lågt värde av tillgångar bolaget får ha i förhållande till sina skulder utan att ledningen ska riskera ansvar till följd av reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*.<sup>19</sup>

Syftena med minimikapitalkravet är att:

- Skapa en buffert mellan tillgångar och skulder för att säkerställa att det hela tiden finns täckning för bolagets förpliktelser.<sup>20</sup>
- Hindra spädning av det egna kapitalet.<sup>21</sup>
- Utgöra ett hinder mot missbruk av aktiebolagsformen.<sup>22</sup>
- Skapa möjlighet att spara inför sämre tider.<sup>23</sup>
- Utgöra en kollektiv försäkring för både nuvarande och tillkommande borgenärer.<sup>24</sup>
- Underlätta anskaffning av externt kapital.<sup>25</sup>
- Sänka transaktionskostnader.<sup>26</sup>
- Motverka oförmånliga konstellationer av borgenärsskyddsklausuler.<sup>27</sup>

Tillgångarna som ska korrespondera mot aktiekapitalsposten i balansräkningen måste ”sättas in”<sup>28</sup> av aktieägarna i form av kontanter eller apportegendom<sup>29</sup> innan registrering beviljas.<sup>30</sup> I det fall man vid bolagets upprättande sätter in apportegendom som aktiekapital, måste egendomen ha värderingsintyg från revisor.<sup>31</sup>

---

<sup>16</sup> 3:1 4 p ABL

<sup>17</sup> 2:14 3 p ABF

<sup>18</sup> 5:14 ÅRL

<sup>19</sup> Se avsnitt 2.2.1.4

<sup>20</sup> Jmf Prop 2004/05:85, s 212

<sup>21</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100

<sup>22</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100 samt Prop 2004/05:85, s 203

<sup>23</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100

<sup>24</sup> Se SOU 2008:49, s 12

<sup>25</sup> Se SOU 2008:49, s 50

<sup>26</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 105 f

<sup>27</sup> Jmf SvJT 2006, s 893

<sup>28</sup> I lagen benämns insättningen som betalning för aktier, se 2:5 1 st 1 p ABL

<sup>29</sup> Annan egendom än kontanter som är eller kan antas vara till nytta för bolaget, se 2:5 2 st 1, 2 p samt 2:6 ABL

<sup>30</sup> 2:5, 15 ABL

<sup>31</sup> 2:19 ABL

Det bokförda aktiekapitalet utgör en del av det egna kapitalet i bolaget.<sup>32</sup> Eftersom aktiekapitalsposten är fixerad och *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* aktualiseras då bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, måste man använda sig av en justeringspost under eget kapital, ”balanserad vinst/förlust”. Denna post kan bli negativ och föranleda att det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet.<sup>33</sup>

Det bokförda aktiekapitalet hör till bundet eget kapital,<sup>34</sup> vilket ger följdverkningar i värdeöverföringsreglerna.<sup>35</sup>

### 2.2.1.2 Minimikapitalkravets historia

År 1848 upprättades den första lagen om aktiebolag. Den innehöll ett krav på aktiekapital, men inte någon lägstanivå för dess storlek. Sedan dess har minimikapitalkravet varit aktuellt vid följande händelser:

- År 1885: Höjning till 5000 SEK trots lagförslag om 25 000 SEK.
- År 1910: Ny aktiebolagslag med oförändrat krav på minimikapital.
- År 1944: Oförändrat minimikapitalkrav trots lagförslag om 10 000 SEK.
- År 1973: Höjning till 50 000 SEK trots lagförslag om 20 000 SEK.
- År 1978: Lagförslag om ny bolagsform med minimikapitalkrav på 20 000 SEK. Förslaget blev aldrig till lag.
- År 1995: Aktiebolaget delades upp i privata och publika aktiebolag. Privata aktiebolag fick ett minimikapitalkrav på 100 000 SEK. Publika aktiebolag fick minimikapitalkravet på 500 000 SEK.
- År 2005: Ny aktiebolagslag med oförändrat krav på minimikapital.<sup>36</sup>
- År 2008: Utredning huruvida minimikapitalkravet för privata aktiebolag bör sänkas från 100 000 SEK till 50 000 SEK, 20 000 SEK eller tas bort helt. Utredningen föreslog en sänkning till 50 000 SEK och eventuellt en ytterligare sänkning till 20 000 SEK om uppföljningen av den första sänkningen visar att en sänkning till 20 000 SEK torde vara positiv.<sup>37</sup>

### 2.2.1.3 Värdeöverföringsreglerna

Värdeöverföringsreglerna finns i 17 kapitlet ABL. Där stadgas att värdeöverföringar inte får göras i strid med den så kallade beloppsspärren eller försiktighetsregeln.

---

<sup>32</sup> 5:14 ÅRL

<sup>33</sup> Se Johansson, C, m fl, *Externredovisning*, s 113

<sup>34</sup> 5:14 ÅRL

<sup>35</sup> Se avsnitt 2.2.1.3

<sup>36</sup> Se SOU 2008:49, s 56 ff

<sup>37</sup> Se SOU 2008:49, s 94 ff

Begreppet värdeöverföring omfattar vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna och annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.<sup>38</sup>

Beloppsspärren förbjuder värdeöverföringar där det efter värdeöverföringen saknas tillgångar för att täcka bolagets bundna kapital.<sup>39</sup>

Försiktighetsregeln innebär att en värdeöverföring endast får ske om den framstår som försvarlig med hänsyn till de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken på det egna kapitalet och bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Detta gäller oavsett om beloppsspärren utgör ett hinder för värdeöverföring eller ej.<sup>40</sup>

Vid brott mot värdeöverföringsreglerna är mottagaren återbäringsskyldig om denne varit i ond tro vad gäller den olagliga värdeöverföringen.<sup>41</sup> I det fall full återbäring inte kan ges riskerar de som medverkat till värdeöverföringen att bli personligen ansvariga att täcka bristen.<sup>42</sup>

#### **2.2.1.4 Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist**

Reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* stadgas i 25:13 - 20 ABL. Reglerna bygger bland annat på tanken att ett företag inte ska få vara ekonomiskt instabilt under en längre tid. Förbättras inte bolagets ekonomiska läge inom en viss tidsram skall bolaget tvångslikvideras för att på så sätt skydda borgenärerna från större skador.<sup>43</sup> En annan tanke som har uttryckts är att reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* ska fungera som en varning och ett rådrumsutrymme som behövs för att kunna uppmärksamma och rätta till de problem som bolaget dras med.<sup>44</sup> *Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* initieras då bolagets egna kapital befaras understiga hälften av det registrerade aktiekapitalet eller då bolagets tillgångar vid verkställighet enligt 4 kapitlet UB inte är tillräckliga för att täcka utmätningsfordran. Då något av dessa två fall är för handen ska styrelsen upprätta en kontrollbalansräkning samt låta revisorn granska denna.<sup>45</sup>

Om det i kontrollbalansräkningen visar sig att det egna kapitalet understiger det registrerade aktiekapitalet skall styrelsen kalla till bolagsstämma där man ska besluta om bolaget ska likvideras eller fortsätta sin verksamhet. Denna bolagsstämma kallas för första kontrollstämman.<sup>46</sup>

Har man vid första kontrollstämman beslutat att fortsätta bolagets verksamhet, skall ytterligare en kontrollstämma hållas senast åtta månader efter den första. Vid andra kontrollstämman ska man återigen ta upp frågan om bolaget ska

---

<sup>38</sup> 17:1 ABL

<sup>39</sup> 17:3 1 st ABL

<sup>40</sup> 17:3 2 st ABL

<sup>41</sup> 17:6 ABL

<sup>42</sup> 17:7 ABL

<sup>43</sup> Se Skog, R, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, s 83

<sup>44</sup> Se Nerep, E, *Aktiebolagsrättslig analys: Ett tvärsnitt av nyckelfrågor*, s 471

<sup>45</sup> 25:13 ABL

<sup>46</sup> 25:15 ABL

likvideras eller fortsätta sin verksamhet. Inför den andra kontrollstämman skall ytterligare en kontrollbalansräkning upprättas av styrelsen samt granskas av bolagets revisor.<sup>47</sup>

Om det i andra kontrollbalansräkningen visas att bolagets egna kapital fortfarande understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet ska styrelsen inom två veckor ansöka om beslut om likvidation hos tingsrätten. Skulle inte någon andra kontrollstämma hållas, måste ansökan om beslut om likvidation lämnas in till tingsrätten av styrelsen senast två veckor efter det datum som den andra kontrollstämman senast skulle ha hållits.<sup>48</sup>

Om styrelsen bryter mot något av påbuden ovan, ansvarar styrelseledamöterna, i den mån de varit försumliga, solidariskt med bolaget för de förpliktelser som bolaget åtagit sig efter det att påbudet brutits. Detsamma gäller den som handlat å bolagets vägnar med vetskap om styrelsens underlåtenhet att utföra sina förpliktelser.<sup>49</sup>

Även aktieägare kan bli solidariskt ansvariga med bolaget för de förpliktelser som uppkommit efter det att aktieägaren, med vetskap om bolagets skyldighet att gå i likvidation, deltar i beslut om att bolaget ska fortsätta sin verksamhet.<sup>50</sup>

Det ansvar som ovan berörts för styrelseledamöter, bolagsföreträdare och aktieägare gäller inte sådana förpliktelser som uppkommit efter det att:

- ansökan om beslut om likvidation har gjorts hos tingsrätten,
- kontrollbalansräkning, som rätteligen visar att bolagets egna kapital motsvarar minst det registrerade aktiekapitalet, har upprättats, granskats av bolagets revisor samt tagits upp på bolagsstämma, eller
- bolagsstämman, bolagsverket eller domstol har beslutat om att bolaget ska likvideras.<sup>51</sup>

### **2.2.1.5 Skadestånd enligt ABL**

Trots att skadeståndsreglerna i ABL inte har någon direkt koppling till minimikapitalkravet, kan de ha en inverkan på dess effekt, varför jag väljer att inkludera dessa i uppsatsen.

Ledande befattningshavare som uppsåtligen eller genom oaktsamhet, i sitt uppdrag, skadar bolaget skall ersätta skadan. Även skada mot annan skall ersättas om den orsakats genom överträdelse av ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> 25:16 ABL

<sup>48</sup> 25:17 ABL

<sup>49</sup> 25:18 ABL

<sup>50</sup> 25:19 ABL

<sup>51</sup> 25:20 ABL

<sup>52</sup> 29:1 ABL

Samma sak gäller aktieägare i den mån denne uppsåtligen eller genom grov oaktsamhet orsakar annan skada genom brott mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen.<sup>53</sup>

### **2.2.1.6 Brotts mot borgenärer**

Precis som skadeståndet i ABL, kan reglerna i 11 kapitlet BrB, om brott mot borgenärer med mera, ha en effekt på minimikapitalkravets funktion trots att det inte finns någon direkt koppling mellan reglerna. Detta dels som incitamentsgrund, men även som grund för reparation av ren förmögenhets-skada på grund av brott.<sup>54</sup>

Särskilt av intresse är bland annat oredlighet mot borgenärer. Detta brott rör fall där gäldenären minskar sin egendoms massa genom att avhända sig egendom som är av betydande värde. För ansvar krävs att gärningsmannen har haft uppsåt i samtliga moment.<sup>55</sup> Oredlighet mot borgenärer aktualiseras även då gäldenären i utlandet undanhåller egendom från konkursförfarandet.<sup>56</sup>

Vårdslöshet mot borgenärer är ytterligare ett brott av särskilt intresse. Detta brott rör fall då gäldenären slösar eller på annat sätt försämrar sin förmögenhetsställning i avsevärd mån. I denna del krävs uppsåt eller grov oaktsamhet hos gärningsmannen.<sup>57</sup>

Mannamån mot borgenärer är ett tredje brott av särskilt intresse. Brottet gäller fall då gärningsmannen vid obestånd gynnat en borgenär framför andra under förutsättning att åtgärden/åtgärderna medfört påtaglig fara för att annan borgenärs rätt skulle förringas avsevärt.<sup>58</sup>

Som gäldenär likställs den som agerar i gäldenärens ställe, vilket innebär att brottbalkens regler är tillämpliga på bolagsledningen.<sup>59</sup>

### **2.2.1.7 Återvinning vid konkurs**

Återvinning vid konkurs är ytterligare en faktor som kan påverka bedömningen av minimikapitalkravets effekt. I KonkL finns regler om att återvinning skall ske vid otillbörligt gynnande av borgenär, gåvor och gåvoliknande transaktioner, avsevärda eftergifter vid bodelning, överdriven löneutbetalning, överdriven överföring till pensionsstiftelse, överdriven återbetalning av skuld i förtid, vissa betalningar för växel eller check, utlämnade säkerheter som inte motsvaras av nya skulder samt utmätningar.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> 29:3 ABL

<sup>54</sup> 2:2 SkadestL

<sup>55</sup> 11:1 1 st BrB

<sup>56</sup> 11:1 2 st BrB

<sup>57</sup> 11:3 BrB

<sup>58</sup> 11:4 BrB

<sup>59</sup> 11:7 BrB

<sup>60</sup> 4:3 - 13 KonkL

## 2.2.2 England

*Limited Company* (Ltd) är en bolagsform i England som medför ansvarsfrihet för ägarna.<sup>61</sup> Istället för *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* används dels instituten ”fraudulent trading” och ”wrongful trading” i det lagstiftade området, ”statute law”. *Fraudulent trading* regleras dels bolagsrättsligt och innebär då övergripande att den som medverkar till att bedra borgenärer gör sig skyldig till brottet, *fraudulent trading*, vilket kan medföra böter och/eller fängelse för gärningspersonen.<sup>62</sup> Med straffansvaret följer även ett skadeståndsansvar, men detta regleras i insolvensrätten.<sup>63</sup> *Wrongful trading* regleras insolvensrättsligt och innebär att ledande personer blir betalningsansvariga för de förpliktelser som uppkommit efter det att gärningspersonen har insett eller borde ha insett att bolaget inte rimligen skulle gå att rädda. Sådant ansvar ska dock inte drabba den som gjort vad han/hon kunnat för att minimera den skada som bolagets konkurs orsakat borgenärerna.<sup>64</sup> Med ledande personer menas i detta fall inte bara ”directors” utan även ”shadow directors”,<sup>65</sup> det vill säga sådana personer som formellt sett inte är *directors*, men som de facto utövar motsvarande makt i bolaget.<sup>66</sup> Exempel på sådana personer kan vara moderbolag och större kreditgivare.<sup>67</sup>

I rättsområdet baserat på rättsfall, ”common law”, finns ett borgenärsskydds-institut motsvarande *wrongful trading*. Detta skydd kommer till uttryck genom borgenärernas möjlighet att föra talan om ledningens straffansvar på grund av åsidosättande av deras skyldighet att beakta borgenärernas intresse då ledningen insett eller borde ha insett att det fanns tvivel om bolagets konkurs. Grunden för det ansvar som uppkommit i *common law* är att bolag som är nära konkurs i stort sett drivs på borgenärernas risk. Till skillnad från straffansvaret, regleras institutets skadeståndsansvar insolvensrättsligt.<sup>68</sup>

## 2.2.3 Tyskland

*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) är den tyska bolagsformen med ansvarsfrihet för ägarna som är mest lik den privata aktiebolagsformen i Sverige.<sup>69</sup> Dess minimikapitalkrav är på 25 000 Euro.<sup>70</sup> För att registrering ska beviljas, räcker det dock att halva det registrerade aktiekapitalet är inbetalt.<sup>71</sup> Undantaget är GmbH:s underkategori *Unternehmergeellschaft* (UG). Sådan bolagsform får drivas trots att minimikapitalkravet inte är uppfyllt, men med detta följer främst två krav. För det första ska ”Unternehmergeellschaft” eller ”UG” kopplas till GmbH i firmabeteckningen och för det andra ska minst en

---

<sup>61</sup> 3 (1) Companies Act 2006 (CA)

<sup>62</sup> 993 CA

<sup>63</sup> 213 Insolvency Act 1986 (IA)

<sup>64</sup> 214 IA

<sup>65</sup> 214 (7) IA

<sup>66</sup> 251 CA

<sup>67</sup> Se SvJT 2006, s 890 f

<sup>68</sup> Se SvJT 2006, s 892

<sup>69</sup> Jmf 13 § Deutsches Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

<sup>70</sup> 5 § GmbHG

<sup>71</sup> 7 § (2) GmbHG

fjärdedel av den årliga vinsten sätts av till aktiekapitalet. När sedan hela minimikapitalkravet är uppfyllt, får bolaget registreras som enbart ett GmbH.<sup>72</sup> Vid sidan av kapitalkrav finns regler som medför ett solidariskt betalningsansvar för ledningen tillsammans med bolaget för de förpliktelser som uppkommit på grund av försummelse i förvaltningen.<sup>73</sup> Därutöver är ledningen personligen ansvarig för de förpliktelser som uppkommit under tiden bolaget varit insolvent om inte ledningen exculperar sig genom att visa att rättshandlingen eller underlåtenheten som medfört den nya förpliktelsen var till nytta för bolaget.<sup>74</sup> Detta institut, ”insolvenzverschleppungshaftung”,<sup>75</sup> har i doktrinen kritiserats för att vara alltför strängt.<sup>76</sup> Därtill finns ”sittenwidrige vorsätzliche schädigung” som är en generell skadeståndsgrund i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Skadeståndsgrunden baseras på att det funnits uppsåt till den orsakade skadan.<sup>77</sup> Denna skadeståndsgrund kan bland annat aktualiseras vid uppsåtlig underkapitalisering till nackdel för borgenärerna, ”Gläubigerschädigung”. Att notera här är dock att rekvisitet ”uppsåt” ges en vid tolkning i Tysklands högsta domstol.<sup>78</sup>

## 2.2.4 Frankrike

Franska *société à responsabilité limitée* (SARL) är motsvarigheten till svenska privata aktiebolag. Bolagsformen ger ansvarsfrihet för ägarna.<sup>79</sup> Tidigare hade bolagsformen ett minimikapitalkrav på 50 000 Franc,<sup>80</sup> vilket idag är avvecklat. Det står således fritt att bestämma aktiekapitalets storlek för SARL i dagsläget.<sup>81</sup> Frankrike har ansvarsregler som medför ett personligt betalningsansvar för ledningen i det fall det saknas tillgångar i bolaget vid en rekonstruktion, likvidation eller konkurs. För att sådant ansvar, ”faute de gestion”, ska aktualiseras krävs att underskottet skapats genom att ledningen varit vårdslös i sitt förvaltningsuppdrag. Läser man lagtexten framgår det att betalningsansvaret kan omfatta hela eller delar av den tillgångsmassa som saknas oavsett vårdslöshetens omfattning. Det nyss nämnda ansvaret omfattar inte bara den formella ledningen utan även annan som utövar sådan makt i bolaget.<sup>82</sup> Därutöver finns även en generalklausul i Code Civil (CC) som medför skadeståndsansvar för den som uppsåtligt, vårdslöst eller genom oförstånd har vållat skada, vilken kan ha effekt även för borgenärsskyddet.<sup>83</sup>

---

<sup>72</sup> 5a § GmbHG

<sup>73</sup> 43 § GmbHG

<sup>74</sup> 64 § GmbHG

<sup>75</sup> Se Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, European Business Organization Law Review (EBOR), vol 5, 2004, Issue 2, s 300

<sup>76</sup> Se Lutter, M, *Legal Capital in Europe*, ECFR, s 161

<sup>77</sup> 826 § BGB

<sup>78</sup> Se Singhof, B, *Equity Holders' Liability for Limited Liability Companies' Unrecoverable Debts – Reflections on Piercing The Corporate Veil Under German Law*, s 7

<sup>79</sup> L223-1 Code de Commerce (CdC)

<sup>80</sup> Se Dorresteijn, A m fl, *European Corporate Law*, s 68

<sup>81</sup> L223-2 CdC

<sup>82</sup> L651-2 CdC

<sup>83</sup> Art 1383 CC



## 2.2.5 USA

Bolagsrätten i USA regleras på delstatlig nivå. För att förenkla har jag valt att endast beröra *Model Business Corporation Act* (MBCA) samt Delawares lagrum. Detta eftersom MBCA är en standardakt som är integrerad i majoriteten av USAs delstater samtidigt som Delaware är den delstat som har överlägset flest bolag inkorporerade.<sup>84</sup> *Limited Liability Company* (LLC) är en bolagsform som är vanligt förekommande i USA. Den medför ansvarsfrihet för ägarna och har inte något krav på aktiekapital.<sup>85</sup>

Tidigare hade man minimikapitalkrav i USA. Det påstods då att detta utgjorde ”protection for creditors” och ”trustfund”. I och med införandet av MBCA har nu mer än 90 procent av USAs delstater avskaffat kravet på aktiekapital med hänvisning till bland annat att lägstanivån för minimikapitalkravet var slumpmässigt vald och inte hade någon koppling till det skydd som fordrades av olika bolags verksamhetsrisker. Hamilton R W sammanfattade argumenten med orden: ”Basically, the protection sought to be achieved by minimum capital was illusory and the provisions were eliminated since they served little or no purpose”.<sup>86</sup>

Förutom minimikapitalkravet kritiserades även de regler som var kopplade därtill. De påstods vara svåra och otillgängliga. Andersson citerar kritik mot de dåvarande kapitalskyddsreglerna som ansågs: ”essentially misleading in so far they led creditors /.../ to believe that such systems operated to protect their interest”.<sup>87</sup>

Istället för någon koppling till aktiekapital krävs det idag av MBCA att man har tillräckligt med tillgångar efter utdelning för att kunna betala sina löpande skulder samt att man har tillgångar som motsvarar minst bolagets totala skulder tillsammans med sådana krav från högre rangordnade aktieägare som skulle uppkomma om bolaget likviderades vid utdelningstillfället.<sup>88</sup> DLLCA ställer också krav på skuldtäckning i balansräkningen, men kravet på förmåga att kunna betala sina löpande skulder saknas.<sup>89</sup> Ytterligare en bolagsrättslig aspekt är att USA som helhet är mer ägarvänligt än borgenärsvänligt, men att även borgenärerna åtnjuter ett visst skydd från det ägarskyddande institutet, ”fiduciary duty”, vilket följer ledningen.<sup>90</sup> *Fiduciary duty* innebär bland annat att borgenärerna kan kräva att ledningen står till svars om den varit försumligt underinformerad gällande en eller flera transaktioner, ”gross negligence”,

---

<sup>84</sup> Se SvJT 2006, s 887

<sup>85</sup> 18-303 Delaware Limited Liability Company Act (DLLCA), 6.22 MBCA samt se Kraakman, R, m fl, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, s 84

<sup>86</sup> Se Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 19 f

<sup>87</sup> Se Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 20

<sup>88</sup> 6.40 (c) MBCA

<sup>89</sup> 18-607 DLLCA

<sup>90</sup> Se Kraakman, R, m fl, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, s 88

vilket har lett till ett undermåligt resultat för bolaget eller då ledningen gynnat ägarna i allt för stor utsträckning trots att bolaget varit nära konkurs.<sup>91</sup>

Ytterligare borgenärsskydd, ”fraudulent transfers”, finner vi i den amerikanska insolvensrätten. Likvidationsförfarandena kan delas upp i två kategorier: bankruptcyförfaranden och icke-bankruptcyförfaranden. Bankruptcyförfaranden följer federala *Bankruptcy Code* (BC) och handläggs i federala domstolar.<sup>92</sup> Icke-bankruptcyförfaranden följer i de flesta fall den delstatligt implementerade *Uniform Fraudulent Transfer Act* (UFTA).<sup>93</sup> Icke-bankruptcyförfaranden är oftast enklare, billigare och snabbare, men å andra sidan svåra att få till stånd. Det finns tre varianter av icke-bankruptcyförfarande. Det första, ”assignment”, kräver samtliga borgenärers samtycke. Det andra, ”state receivership”, kan inte lösa problem som sträcker sig över delstatsgränserna. Det tredje, ”federal receiverships”, tillämpas endast på initiativ av federala myndigheter.<sup>94</sup>

Effekten av de insolvensrättsliga reglerna rörande *fraudulent transfers* liknar de svenska reglerna om återvinning vid konkurs.<sup>95</sup> Domstolarnas möjlighet att bedöma regelns tillämplighet är däremot mycket friare i USA än i Sverige. Detta gäller både vilken typ av transaktioner som ska omfattas och hur lång tid tillbaka återvinningen skall göras.<sup>96</sup> *Fraudulent transfers* omfattar sådana transaktioner som (1) syftar till att hindra, försena eller bedra borgenärer eller (2) inte ger rimlig motprestation samtidigt som bolaget direkt efter transaktionen har ett orimligt lågt kapital eller saknar likvida tillgångar för att kunna betala löpande skulder.<sup>97</sup> En viktig del i *fraudulent transfers* är att institutet kan medföra återbäring av utdelningar och återköp av egna aktier, trots att utdelningarna och återköpen av egna aktier följt bolagsrättsliga regler.<sup>98</sup>

Ytterligare borgenärsskydd uppnås genom domstolens möjlighet enligt BC att efterställa ägarnas fordringskrav mot bolaget. Exempelvis kan det röra villkorade aktieägartillskott och dylikt som därmed får sämre prioritet än borgenärernas fordringar.<sup>99</sup>

---

<sup>91</sup> Se Kraakman, R, m fl, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, s 89

<sup>92</sup> Se Branch, B S, m fl, *Last Rights: Liquidating a Company*, Financial Management Association Survey and Synthesis Series (FMASS), s 6

<sup>93</sup> Se Branch, B S, m fl, *Last Rights: Liquidating a Company*, FMASS, s 188

<sup>94</sup> Se Branch, B S, m fl, *Last Rights: Liquidating a Company*, FMASS, s 189

<sup>95</sup> Jmf 4 kap KonkL

<sup>96</sup> Jmf Branch, B S, m fl, *Last Rights: Liquidating a Company*, FMASS, s 137 samt jmf Adiksson, J D, Riser, C M, *Asset Protection: Concepts & Strategies for Protecting Your Wealth*, s 62

<sup>97</sup> 4 (a) UFTA

<sup>98</sup> Se SvJT 2006, s 894

<sup>99</sup> Se SvJT 2006, s 894 f

## 2.3 Europarätten på området

### 2.3.1 Etableringsfrihet

Den europeiska etableringsfriheten förbjuder medlemsländerna att hindra eller försvåra filialverksamhet på grund av att en filial hör till ett bolag i en annan medlemsstat.<sup>100</sup> Undantag från etableringsfriheten finns, men ska tillämpas ytterst restriktivt.<sup>101</sup> Det som kan vara skäl för inskränkning av den fria etableringsrätten är allmän ordning, säkerhet eller hälsa.<sup>102</sup>

Det finns fyra rättsfall av intresse vad gäller bolagens etableringsfrihet inom EU. Dessa är Centros, Überseering, Inspire Art och Sevic.

Rättsfallet Centros handlade om att danska myndigheter försökte hindra danska medborgare att driva filialverksamhet i Danmark genom ett passivt Ltd i England. Danmark hävdade att det rörde sig om ett uppenbart missbruk av den fria etableringsfriheten för att kringgå nationell bolagsrätt. EGD sade att sådant kringgående av bolagsrätten inte gör det enskilda landet oförmöget att hindra och sanktionera bedrägerier, varför Art 46 EGF inte var tillämplig i detta fall.<sup>103</sup>

I rättsfallet Überseering hade Tyskland velat underkänna ett bolags status som rättssubjekt. Tyskland ansåg sig behörigt att pröva de bolagsrättsliga frågorna med hänvisning till den i Tyskland tillämpade sätesprincipen eftersom bolaget hade sitt säte i Tyskland.<sup>104</sup> Det hollandsregistrerade bolaget ansågs dock inte vara ett rättssubjekt i tysk domstol eftersom det inte var registrerat i Tyskland. Effekten av detta var att bolagets ägare personligen skulle bli tvistens rättssubjekt i bolagets ställe och således ha ett personligt ansvar för bolagets förpliktelser. EGD anförde att Art 43, 48 EGF förbjuder ett medlemsland att ifrågasätta ett bolags rättskapacitet och partstillhörighet om bolaget är bildat i enlighet med en annan medlemsstats lagstiftning.<sup>105</sup>

Nederländerna ville i rättsfallet Inspire Art sätta en ”varningsflagga” på filialer tillhörande utländska bolag. Nederländerna menade att varningsflaggan behövdes för att hindra bedrägeri, skydda borgenärer och säkra effektiv skattekontroll. Genom att sätta en varningsflagga på en filial tillhörande ett utländskt bolag ställs högre krav på filialen än vad som föreskrivs i det 11:e bolagsdirektivet.<sup>106</sup> EGD fastställde att informationskrav utöver det nämnda direktivet utgjorde hinder av den fria etableringsrätten, varför sådana informationskrav strider mot Art 43, 48 EGF.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> Art 43, 48 EGF

<sup>101</sup> Se Bogdan, M, *Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU*, Ny juridik 1:04, s 8

<sup>102</sup> Art 46 EGF

<sup>103</sup> Mål C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, REG 1999, I-01459

<sup>104</sup> Angående sätesprincipen jmf avsnitt 2.3.2

<sup>105</sup> Mål C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), REG 2002, s. I-09919

<sup>106</sup> 89/666/EEG

<sup>107</sup> Mål C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd, REG 2003, s. I-10155

Rättsfallet Sevic handlade om att Sevic Systems AG ville fusionera sig med Security Vision genom att det sistnämnda bolaget skulle lösas upp och låta inkråmet gå till Sevic Systems AG. Tyskland motsatte sig fusionen med hänvisning till sätesprincipen. Eftersom det ena bolaget hade sitt säte utanför Tyskland, kunde det inte fusioneras med ett bolag med säte inom Tysklands gränser. EGD kom fram till att etableringsfriheten förbjuder medlemsländerna att neka fusioner, där det ena bolaget löses upp i det andra, på grund av att bolagens säten befinner sig i olika medlemsländer. Således får sådana fusioner avvisas endast i den mån samma behandling träffar inhemska fusioner.<sup>108</sup>

### 2.3.2 Bolags- och insolvensrättens lagval

Bolagsrättsligt är det upp till varje EU-medlemsland självt att avgöra huruvida det är behörigt att pröva en tvist eller ej. Det är bolagets hemvist som är avgörande för om ett land ska kunna anse sig behörigt eller ej. För att avgöra bolagets hemvist använder sig vissa medlemsländer av registreringsprincipen medan andra använder sig av sätesprincipen. Registreringsprincipen innebär att bolagets hemvist skall anses vara i det land där bolaget är registrerat. Sättesprincipen innebär att det istället är sätet som avgör var bolaget ska anses ha sin hemvist.<sup>109</sup>

Vad gäller insolvensförfaranden, regleras lagvalet av insolvensförordningen.<sup>110</sup> Enligt denna förordning är det medlemslandet i vilket bolaget har sitt huvudsakliga intresse som har behörighet att handlägga konkursen. Bolagets huvudsakliga intresse ska anses vara i det medlemsland där bolaget har sitt säte om inte annat kan visas.<sup>111</sup>

Huruvida säte ska definieras som faktiskt eller registrerat säte framgår inte av den svenska versionen av insolvensförordningen.<sup>112</sup> Den engelska versionen använder dock benämningen ”registered office”,<sup>113</sup> vilken torde tolkas som ”registrerat säte”. I preambelns 13:e punkt föreskrivs att de huvudsakliga intressena skall motsvaras av bolagets faktiska säte. Min tolkning är således att det är det faktiska sätet som är avgörande för var de huvudsakliga intressena skall anses ligga och att detta presumeras vara det samma som det registrerade sätet.

### 2.3.3 Ny bolagsform

För att underlätta företagande inom gemenskapen har europakommissionen lagt fram förslag om ett privat europeiskt aktiebolag, ”Societas Privata Europea” (SPE).<sup>114</sup> Denna bolagsform föreslås ha ett minimikapitalkrav på 1 Euro eftersom det enligt förslaget finns alternativa metoder till minimikapital-

---

<sup>108</sup> Mål C-411/03 Sevic Systems AG mot Amtsgericht Neuwied, REG 2005, s. I-10805

<sup>109</sup> Se Dotevall, R, *Samarbete i bolag: Om personbolag*, s 32

<sup>110</sup> Art 1 Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (IF)

<sup>111</sup> Art 3 (1) IF

<sup>112</sup> Jmf SvJT 2006, s 896

<sup>113</sup> Art 3 (1) IF (Engelsk version)

<sup>114</sup> Se KOM (2008) 396

krav som dessutom ska vara effektivare vad gäller att skydda borgenärer.<sup>115</sup> Ledningen föreslås ansvara för förlust eller skada som orsakats genom brott mot förordningen, bolagsordningen eller aktieägarbeslut. Övrigt ansvar skall regleras på nationell nivå.<sup>116</sup>

## 3 Analys

### 3.1 Borgenärskollektivet

#### 3.1.1 Olika borgenärsggrupper

Att avhandla borgenärskollektivet som en helhet innebär ett alltför trubbigt instrument för att, på ett adekvat sätt, kunna analysera behovet av lagreglerat borgenärsskydd. Därför har jag valt att dela upp borgenärskollektivet i frivilliga starka borgenärer, frivilliga svaga borgenärer samt ofrivilliga borgenärer.

Frivilliga borgenärer är borgenärer som genom viljehandling hamnat i borgenärsrelation.<sup>117</sup>

Frivilliga starka borgenärer är den borgenärskategori som har resurserna, kunskaperna och/eller den maktposition som krävs för att få ett inflytande på sin borgenärssituation. Exempel på starka borgenärer är banker och andra kreditinstitut.<sup>118</sup>

Frivilliga svaga borgenärer är den kategori som saknar resurser, kunskap eller den maktposition som krävs för att kunna påverka villkoren i sin borgenärsrelation. Exempel på svaga borgenärer är vissa leverantörer, kunder och anställda.<sup>119</sup>

Ofrivilliga borgenärer är följaktligen den grupp som har hamnat i en borgenärsrelation utan viljan därtill. Exempel på sådana borgenärer är skadeståndsberättigade, stat, kommun och landsting.<sup>120</sup>

#### 3.1.2 Finns det ett behov av borgenärsskyddsregler?

##### 3.1.2.1 Kan borgenärerna skydda sig själva?

Vad gäller de frivilliga starka borgenärerna måste sägas att de både kan och de facto skyddar sig själva. Därför kan det, vad gäller denna borgenärsggrupp, påstås att något behov av lagreglerat skydd som omfattas av denna uppsats inte finns. Några säkerhetsåtgärder som vidtas av denna borgenärskategori är krav på att få delta i bolagets förvaltning,<sup>121</sup> krav på villkor för utdelning,<sup>122</sup> krav på säkerhet i egendom,<sup>123</sup> kreditupplysningar samt återtagandeförbehåll.<sup>124</sup>

---

<sup>115</sup> Se KOM (2008) 396, s 7

<sup>116</sup> Se KOM (2008) 396, s 28

<sup>117</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 samt SOU 1987:59 s 93 ff

<sup>118</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 samt SOU 1987:59 s 93 ff

<sup>119</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 samt SOU 1987:59 s 93 ff

<sup>120</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 samt SOU 1987:59 s 93 ff

<sup>121</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 104

<sup>122</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 106

<sup>123</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 110

Vad gäller de frivilliga svaga borgenärerna finns ett behov av lagreglerat skydd eftersom de inte själva kan uppnå adekvat skydd. En avsaknad av lagreglerat borgenärsskydd innebär en risk för denna grupp att ge sig in på kapitalmarknaden. Risken innebär inte bara en mer eller mindre sannolik skada för den enskilde borgenären. Den torde även hämma marknaden då risken för skada kan utgöra hinder för många aktörer. I den svenska doktrinen har föreslagits att mindre ändringar av sakrätten skulle kunna ge leverantörer och liknande aktörer ett fullgott skydd.<sup>125</sup> Jag kan se möjligheter till regler liknande återtagandeförbehåll gentemot bolaget. För att undvika konflikt med sakrättens grundprincip om specialitet, skulle särskilda bankkonton eller liknande kunna krävas för vad som sprungit ur en vidaredistribution.<sup>126</sup> Det är dock inte säkert att motprestationen vid en vidaredistribution är tillräckligt stor för att täcka leverantörens fordringskrav och således uppnår man inte ett fullgott skydd utan att tredje man riskerar att lida skada. Om risken åläggs tredje man, torde efterfrågan på varor och tjänster skadas. Belastar man istället leverantörerna med risken, torde tillgången på varor och tjänster komma att skadas. Min mening är att det här är bättre att lägga risken hos leverantörerna eftersom efterfrågan är nödvändig för att, genom försäljning av bolagets tillgångar, kunna minimera de skador som annars träffar borgenärskollektivet. Detsamma kan enligt min mening inte sägas om tillgången.

Vad gäller arbetstagarna torde dessa kunna erhålla adekvat skydd genom den statliga lönegarantin.<sup>127</sup>

Konsumentgruppen skulle eventuellt kunna åtnjuta tillräckligt skydd genom konsumentlagar och försäkringslösningar, dels genom starkare sak- och fordringsrätt och dels genom försäkringsersättning i det fall sak- och fordringsrätten inte förslår.<sup>128</sup>

Vad gäller den del av ofrivilliga borgenärer som utgörs av stat, kommun och landsting ser jag att dessa kan skydda sig själva genom lagreglering på andra områden än de här berörda reglerna i bolagsrätten.<sup>129</sup> Merparten av övriga ofrivilliga borgenärer torde likt konsumenterna kunna åtnjuta skydd genom en försäkringslösning.<sup>130</sup>

Tilläggs kan att både svaga frivilliga borgenärer och ofrivilliga borgenärer i vissa fall kan njuta skydd av de starka frivilliga borgenärernas avtalsklausuler i den mån dessa framtvingar ett visst borgenärsskyddande handlingsmönster från bolagets sida, minimikapitalkrav eller liknande. Det finns dock inga garantier för att starka borgenärer kommer att närvara med sina borgenärsskydds-

---

<sup>124</sup> Se Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, 2005 s 21 samt SOU 1987:59 s 93 f

<sup>125</sup> Se Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, 2005 s 21 f

<sup>126</sup> Jmf Millqvist, G, *Sakrättens grunder*, s 78, 96 f

<sup>127</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 samt SOU 1987:59 s 94

<sup>128</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 samt jmf SOU 1987:59 s 94 f

<sup>129</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 f

<sup>130</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 21 f

klausuler eller ens, om så är fallet, att deras avtalskrav är till nytta för övriga borgenärskategorier.<sup>131</sup>

Oavsett ändringar i sakrätt, förmånsrätt och konsumenträtt kommer det alltid finnas någon som hamnar sist i prioriteringsordningen. Det är bristen på tillgångar som är huvudproblematiken i denna uppsats, inte vem som ska prioriteras. Vad gäller försäkringslösningar ser jag en risk att åtminstone enskilda fall hamnar utanför försäkringsskyddet. Dessutom ser jag ett intresse av att lägga ansvaret hos den eller de personer som har möjlighet att påverka skadans omfattning, för att på så sätt kunna skapa en incitamentsgrund. Vid en samlad bedömning kommer jag därför fram till att det finns ett behov av lagreglerat borgenärsskydd.<sup>132</sup>

### 3.1.2.2 Varför ska borgenärerna skyddas?

Det är inte bara borgenärerna som gagnas av ett borgenärsskydd. Även de seriösa bolagen njuter fördel av borgenärsskyddet. Detta dels eftersom tryggare borgenärer blir mer villiga att låna ut kapital, vilket gör det lättare för bolagen att skaffa externt kapital.<sup>133</sup> Dessutom torde ökad trygghet för borgenärerna minska deras behov av riskspridning i form av högre lånekostnader. Således blir det inte bara enklare utan även billigare för bolagen att skaffa externt kapital. Detta vidgar i sin tur möjligheterna för bolagen att expandera sina verksamheter, vilket torde leda till ytterligare behov av externt kapital. Samtidigt ger ökade investeringar ökad avkastning för borgenärerna och i takt med att deras kapital växer, kan de investera mer. Således bidrar borgenärsskyddsreglerna till en effektivare omallokering av samhällets resurser. Följaktligen främjas både näringsliv och välstånd.<sup>134</sup> Jämför figur 1 nedan.

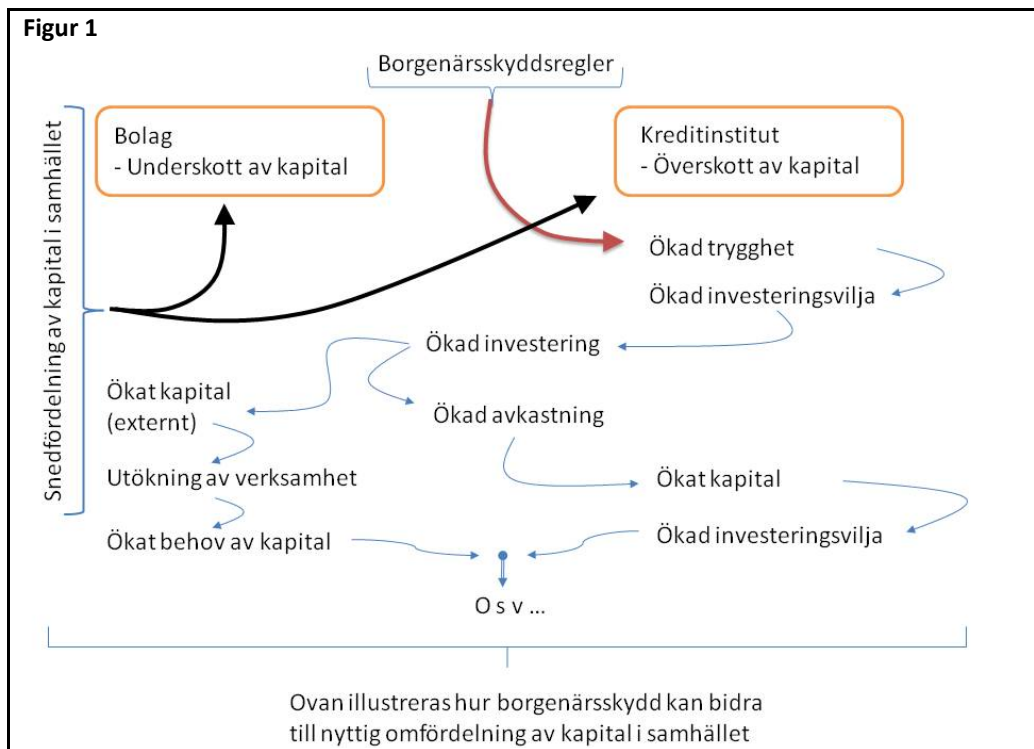
---

<sup>131</sup> Jmf Payne, J, *Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006*, s 14

<sup>132</sup> A m Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 22

<sup>133</sup> Jmf Skog, R, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, s 22

<sup>134</sup> Jmf Dahlman, C, m fl, *Rättsekonomi; En introduktion*, s 10



### 3.1.3 Svenska regler ur ett nationellt perspektiv

#### 3.1.3.1 Minimikapitalkravet

##### 3.1.3.1.1 Buffert

Ett av huvudsyftena med minimikapitalkravet är att skapa en buffert mellan tillgångar och skulder för att säkerställa att det hela tiden finns täckning för bolagets förpliktelser. På så vis ska det utgöra ett skydd för borgenärerna, men huruvida den önskade effekten uppnås kan ifrågasättas.<sup>135</sup> Med utgångspunkt i Statistiska Centralbyråns statistik från år 2006 har jag kommit fram till att den genomsnittliga årskostnaden, exklusive förändring lager, uppgår till drygt 20 miljoner SEK per företag i Sverige. Det skiljer dock mycket mellan olika näringsgrenar och därför vill jag framhålla att den genomsnittliga årskostnaden per företag i den näringsgren som har lägst kostnader, det vill säga jordbruk, jakt, skogsbruk och fiske, är cirka 550 000 SEK per år. Med bakgrund av detta torde minimikapitalkravets funktion som buffert vara begränsad till en mindre del av det svenska näringslivet eftersom kostnaderna i regel är så stora att minimikapitalet hinner förbrukas flera gånger om innan *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* sätter stopp för bolagets fortsatta verksamhet till skydd för borgenärerna.<sup>136</sup> Se tabell 1 nedan.

<sup>135</sup> Jmf Prop 2004/05:85, s 212

<sup>136</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 20 och SOU 2008:49, s 82 f samt Jmf Kraakman, R, m fl, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, s 84 f



**Tabell 1 – Årskostnader**

Svenskt näringsliv uppdelat i näringsgrenar år 2006

	Antal företag	Kostnad per näringsgren*	Kostnad per företag**
Jordbruk, jakt, skogsbruk och fiske	206 857	-113 029	-546 411,29
Utvinning av mineral	665	-18 295	-27 511 278,20
Tillverkning	61 188	-1 634 523	-26 713 130,03
El-, gas-, värme- och vattenförsörjning	1 424	-203 992	-143 252 808,99
Byggverksamhet	68 856	-337 684	-4 904 205,88
Parti- och detaljhandel mm	125 744	-1 842 909	-14 656 039,25
Hotell och restaurangverksamhet	25 572	-75 305	-2 944 822,46
Transport, magasinering och kommunikation	32 003	-515 553	-16 109 520,98
Fastighetsverksamhet	45 145	-184 865	-4 094 916,38
Uthyrningsverksamhet och företagstjänster	182 886	-497 455	-2 720 027,78
Utbildning, hälso- och sjukvård, sociala tjänster, veterinärverksamhet	38 966	-92 953	-2 385 489,91
Andra samhällliga och personliga tjänster	77 711	-121 718	-1 566 290,49
Totalt	867 017	-5 638 281	-247 404 941,63
Genomsnitt per näringsgren	72 251	-469 857	-20 617 078,47

\*) Miljoner SEK

\*\*) SEK

Källa: SCB, NV 19 SM 0802

För att uppnå en tillräcklig bufferteffekt krävs sålunda antingen en flexibel gräns för minimikapitalkrav som är kopplad till verksamhetens risk eller att minimikapitalkravet höjs i avsevärd mån.<sup>137</sup>

Det finns ytterligare siffror som tyder på minimikapitalkravets bristande bufferteffekt. Dels kan sägas att soliditeten skulle hamna mellan 6,6 och 10,8 procent i snitt per bolag om hela det egna kapitalet motsvarades av dagens minimikapitalkrav. Se tabell 2 nedan.

<sup>137</sup> Jmf Lindskog, S, *Kapitalbrist i aktiebolag: Kommentarer till kap. 25:13-20 ABL*, s 22

<b>Tabell 2 – Soliditet och fiktiv soliditet</b>			
Svenskt näringsliv uppdelat i varu- och tjänsteproducerande sektorer år 2006			
	Varuproducerande företag	Tjänsteproducerande företag	Totalt
Antal företag	338 990,00	528 027,00	867 017,00
Eget kapital*	2 085 883,00	2 052 830,00	4 138 713,00
Varav aktiekapital*	208 718,00	238 793,00	447 511,00
Fiktivt aktiekapital 500 000 SEK per bolag*	169 495,00	264 013,50	433 508,50
Fiktivt aktiekapital 100 000 SEK per bolag*	33 899,00	52 802,70	86 701,70
Obeskattade reserver*	364 558,00	189 259,00	553 817,00
Avsättningar*	95 401,00	89 565,00	184 966,00
Skulder*	2 958 075,00	3 544 462,00	6 502 537,00
Faktisk soliditet	42,7 %	37,3 %	39,9 %
Soliditet om aktiekapitalet var det enda egna kapitalet	13,0 %	9,2 %	11,0 %
Soliditet om eget kapital var 500 000 SEK	12,0 %	9,8 %	10,8 %
Soliditet om eget kapital var 100 000 SEK	8,6 %	4,9 %	6,6 %
*) Miljoner SEK			
Källa: SCB, NV 19 SM 0802			

Ytterligare argument mot minimikapitalkravets bufferteffekt är att minimikapitalkravets kvot av det egna kapitalet inte är högre än 2,09 – 10,47 procent, vilket torde vara bevis för att bolag oavsett kapitalkrav, vill ha ett visst eget kapital. Således är det den fria viljan och inte minimikapitalkravet som upprätthåller en rimlig buffert mellan tillgångar och skulder. Se tabell 3 nedan.

<b>Tabell 3 – Aktiekapitalets storlek i förhållande till totalt eget kapital</b>			
Svenskt näringsliv uppdelat i varu- och tjänsteproducerande sektorer år 2006			
	Varuproducerande företag	Tjänsteproducerande företag	Totalt
Antal företag	338 990,00	528 027,00	867 017,00
Eget kapital*	2 085 883,00	2 052 830,00	4 138 713,00
Varav faktiskt aktiekapital*	208 718,00	238 793,00	447 511,00
Fiktivt aktiekapital 500 000 SEK per bolag*	169 495,00	264 013,50	433 508,50
Fiktivt aktiekapital 100 000 SEK per bolag*	33 899,00	52 802,70	86 701,70
Aktiekapitalets andel av det egna kapitalet	10,01 %	11,63 %	10,81 %
Kvoten från 500 000 av eget kapital	8,13 %	12,86 %	10,47 %
Kvoten från 100 000 av eget kapital	1,63 %	2,57 %	2,09 %
*) Miljoner SEK			
Källa: SCB, NV 19 SM 0802			

En annan aspekt i att ha aktiekapitalet som buffert är att bolaget ska kunna hantera oväntade och lite större uppstartskostnader. Det kan finnas en viss poäng häri, men möjligheten till ökat externt kapital och aktieägartillskott torde vara nog.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> Jmf Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100

### **3.1.3.1.2 Hinder mot spädning av det egna kapitalet**

Ytterligare ett syfte med minimikapitalkravet är att hindra spädning av det egna kapitalet.<sup>139</sup> Skydd mot sådan spädning finner vi i värdeöverföringsreglerna. Där får minimikapitalkravet en roll i och med beloppsspärren. Även om beloppsspärren inte fanns, hade vi åtnjutit ett spädningsskydd genom försiktighetsspärren. Fördelen med beloppsspärren är att den ger en klar och tydlig gräns för vad som är största godkända värdeöverföring. Detta garanterar dock inte en klar gräns för vad som ska anses vara acceptabelt i praktiken, eftersom försiktighetsspärren kan ställa högre krav än beloppsspärren på värdeöverföringen. Således får vi inte någon konstant positiv effekt från beloppsspärren eftersom försiktighetsspärrens verkan varierar mellan bolag samt över tid inom samma bolag. Dessutom är det osäkert om beloppsspärrens effekter är efterfrågade. Detta eftersom tydlighet kommer på bekostnad av vad som är rimligt med tanke på att beloppsspärren inte på något sätt är kopplad till den enskilda verksamhetens risk. Med andra ord kan konstateras att det, med eller utan minimikapitalkrav, finns ett hinder mot spädning och att frågan mer eller mindre rör hur gränsen ska dras.<sup>140</sup>

### **3.1.3.1.3 Hinder mot missbruk**

En annan tänkt skyddseffekt är att minimikapitalkravet ska utgöra ett hinder mot missbruk av aktiebolagsformen. Detta genom att stiftarna måste offra ett inte obetydligt kapital för att få bilda ett aktiebolag. Det kan enligt min mening jämföras med självriskan vid ett försäkringsärende. Som missbruk klassas här såväl onödigt risktagande och firmanamnsblockering som illegal verksamhet.<sup>141</sup>

Att missbruk äger rum är tveklöst, men någon bra statistik över en längre tidsperiod finns inte att tillgå i Sverige. Detta på grund av ändrade rutiner för rapportering av ekonomisk brottslighet.<sup>142</sup> Någon statistik har inte heller kunnat erhållas från varken England,<sup>143</sup> USA,<sup>144</sup> Frankrike,<sup>145</sup> eller Tyskland.<sup>146</sup>

Dagens minimikapitalkrav kan kritiseras utifrån att det inte utgör någon total spärr varken mot illegal verksamhet, otillbörligt risktagande eller firmanamnsblockering. Den som vill driva ett aktiebolag utan aktiekapital kan köpa ett aktiebolag från en lagerbolagsförsäljare som bildat ett aktiebolag och därefter tömt det på tillgångar. Härigenom slipper köparen lägga ut några större

---

<sup>139</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100

<sup>140</sup> Jmf avsnitt 2.2.1.3

<sup>141</sup> Jmf Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100 samt Prop 2004/05:85, s 203

<sup>142</sup> Se Ekstöm, L, *Brottsutvecklingen i Sverige fram till år 2007*, s 310 f

<sup>143</sup> Brevväxling med ONS och BERR i England

<sup>144</sup> Brevväxling med BJS, SEC, AALL och FedStats i USA

<sup>145</sup> Brevväxling med INSEE, AF samt MEIE i Frankrike

<sup>146</sup> Brevväxling med SB, DB och BJ i Tyskland

summor vid köpet och lagerbolagsförsäljaren kan återanvända, de mot aktiekapitalet motsvarande, tillgångarna i ytterligare ett bolag.<sup>147</sup>

Vad gäller firmanamnsblockering är det idag möjligt att blockera firmanamn genom varumärkesregistrering,<sup>148</sup> vilket inte behöver kosta mer än 1 500 SEK.<sup>149</sup> Således torde minimikapitalkravet inte ha någon betydande effekt i detta hänseende.

Vid missbruk i form av otillbörligt risktagande och illegal verksamhet torde man kunna tillämpa *wrongful trading* eftersom det då rör sig om en icke-borgenärsskyddande förvaltning samtidigt som ledningen borde inse att bolaget riskerar att gå i konkurs. Detta institut når dessutom aktieägarna genom *shadow director*-ansvaret.<sup>150</sup>

#### **3.1.3.1.4 Kollektiv försäkring**

Det har även argumenterats för att minimikapitalkravet utgör en kollektiv försäkring för både nuvarande och tillkommande borgenärer. Det framgår inte varför, men det tycks vara den tilltänkta bufferteffekten och seriositetsspärren som ligger till grund för argumentet. Med tanke på vad som sagts ovan om båda funktionerna, menar jag att argumentet om kollektiv försäkring saknar värde.<sup>151</sup>

### **3.1.3.2 Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist med mera**

#### **3.1.3.2.1 Varning för tillkommande borgenärer**

Reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* har påståtts kunna varna tillkommande borgenärer om bolagets ekonomiska situation. Å ena sidan är detta fel eftersom en kontrollbalansräkning inte är offentlig till skillnad från årsredovisningarna.<sup>152</sup> Å andra sidan kan det vara rätt i den mån de blivande borgenärerna redan är ägare i bolaget och därigenom får ta del av kontrollbalansräkningen. Jag ställer mig kritisk till denna varningseffekt med hänvisning till att sådant ägande torde vara begränsat till noterade bolag och därmed inte träffa de privata aktiebolagen.<sup>153</sup>

#### **3.1.3.2.2 Incitament att överblicka bolagets egna kapital**

Det argumenteras för att reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* medför ett incitament för styrelsen att kontinuerligt se över bolagets kapital. Detta skulle då medföra ett bättre beslutsunderlag och därmed bättre beslut i

---

<sup>147</sup> Se Öhrlings PricewaterhouseCoopers, *Input: En tidning för mindre och medelstora företag*: 1/2005, s 14 ff

<sup>148</sup> 10 § 6 p FirmaL, Telefonintervju med PRV samt Bolagsverket

<sup>149</sup> Se PRVs prislista

<sup>150</sup> Jmf avsnitt 2.2.2

<sup>151</sup> Jmf SOU 2008:49, s 12

<sup>152</sup> Jmf 6:2 BFL

<sup>153</sup> Jmf Lindskog, S, *Kapitalbrist i aktiebolag: Kommentarer till kap. 25:13-20 ABL*, s 20 samt Prop 2000/1:150, s 35

förvaltningen.<sup>154</sup> Detta incitament torde redan ingå i styrelsens uppdrag att optimera och säkra den framtida verksamheten. Dessutom finner jag att samma incitament kan finnas i *insolvenzverschleppungshaftung*, *wrongful trading* samt *wrongful trading*:s motsvarighet i Englands *common law* för att avgöra den kritiska punktens position.<sup>155</sup>

### **3.1.3.2.3 Incitament till borgenärsskyddande förvaltningsstrategi**

Något incitament till borgenärsskyddande förvaltningsstrategi finns varken i reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* eller i den svenska rätten i övrigt.

Till skillnad från svenska regler, finner vi i *insolvenzverschleppungshaftung*, *wrongful trading* samt *wrongful trading*:s motsvarighet i Englands *common law*, tvång för ledningen att beakta borgenärernas intressen i förvaltningen då bolaget befinner sig i en ekonomiskt svag situation.<sup>156</sup>

### **3.1.3.2.4 Reparation av borgenärsskador**

Reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* erbjuder reparation av borgenärsskador endast i den mån ledningen brustit i att upprätta kontrollbalansräkningar, kalla till kontrollstämmor eller ansöka om beslut om likvidation hos tingsrätten.<sup>157</sup> Sådan reparation omfattar skador från förpliktelser som uppkommit efter ovan nämnda tillfälle, men inte sådana förpliktelser som uppkommit efter det att (1) ledningen lämnat in ansökan om beslut om likvidation hos tingsrätten, (2) en kontrollbalansräkning, som granskats av revisor, visar att bolagets egna kapital överstiger det registrerade aktiekapitalet eller (3) bolagsstämman, bolagsverket eller domstol har beslutat om likvidation.<sup>158</sup> Detta innebär att ledningen i praktiken kan vansköta förvaltningen och på så sätt skada borgenärerna utan att dessa för den delen har rätt till ersättning för de uppkomna skadorna med hänvisning till reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*. Dessutom kan tilläggas att borgenärerna inte heller får grund till reparation från ABLs skadeståndsregler så länge ledningens vansköta förvaltning och eventuella beslut av aktieägarna inte kan klassas som vårdslösa.<sup>159</sup> Någon reparation i form av ersättning för ren förmögenhetsskada på grund av brott ska inte heller väntas av borgenärerna vid denna typ av misskötsamhet i förvaltningen eftersom brottsbalkens bestämmelser kräver grov oaktsamhet eller uppsåt. Notera också att detta skadestånd grundas på straffrätt, vilket dessutom ställer högre beviskrav än de rent civilrättsliga ersättningsanspråken.<sup>160</sup> KonkL kan dock medge viss reparationsmöjlighet för borgenärerna genom att konkursboets tillgångar ökas medelst

---

<sup>154</sup> Jmf SvJT 1994, s 148

<sup>155</sup> Jmf avsnitt 3.1.3.2.5

<sup>156</sup> Jmf avsnitt 2.2.2 samt avsnitt 2.2.3

<sup>157</sup> Jmf 25:18 ABL

<sup>158</sup> Jmf 25:20 ABL

<sup>159</sup> Jmf 29:1, 3 ABL

<sup>160</sup> Jmf 11:1, 3, 4, 7 BrB

återvinning. Dessa regler är dock begränsade till ett fåtal rättshandlingar som dessutom torde avvika från vad jag vill kalla normala förvaltningsåtgärder.<sup>161</sup>

*Fraudulent trading* är, likt de svenska reglerna, tämligen verkningslöst, vad gäller borgenärernas reparationsmöjligheter, vid normala förvaltningsåtgärder. Det är först när ledningen aktivt försöker bedra borgenärerna som detta institut blir tillämpligt. *Wrongful trading* däremot, samt motsvarande institut i Englands *common law*, är grund för ersättning för borgenärsskador i det fall ledningen inte följt påbuden om att handla i borgenärernas intresse efter att respektive instituts kritiska punkt är passerad. Genom *shadow director*-ansvaret omfattas inte bara ledningen, av *wrongful trading* och motsvarande institut i *common law*, utan även aktieägare, borgenärer och tredje män i den mån de har inflytande i bolaget likt deltagarna i den formella ledningen. Detta öppnar med andra ord upp för en omfattande reparationsmöjlighet för borgenärerna till skillnad från de svenska reglerna.<sup>162</sup>

I Tyskland är all skada orsakad genom uppsåt, eller till uppsåtet närliggande, grund för skadestånd. Till skillnad från svensk rätt krävs inte något brott för ersättning av ren förmögenhetsskada. Denna skadeståndsgrund torde i många fall skydda mot grovt vårdslös underkapitalisering, men är likt de svenska reglerna verkningslös vid icke-vårdslös förvaltning. Därutöver finns *insolvenzverschleppungshaftung* som medför möjlighet till reparation för de förpliktelser som ledningen inte kunnat visa vara till bolagets fördel.<sup>163</sup> Grundat på skillnaderna mellan *insolvenzverschleppungshaftung* och *wrongful trading* med dess like i *common law*, vad gäller bevisbördan, menar jag att de tyska reglerna medger större möjligheter till reparation av borgenärsskador. Detta förutsätter dock reglernas tillämplighet.<sup>164</sup>

*Faute de gestion* öppnar, enligt ordalydelsen i lagen, upp för fullständig läkning av samtliga borgenärsskador. Även om vårdslöshet, enligt ordalydelsen i lagen, inte behöver ha adekvat kausalitet till samtliga borgenärsskador, krävs dock ett visst mått av vårdslöshet i förvaltningen för reglernas tillämpning. Därmed är även detta institut verkningslöst vid undermålig förvaltning som inte kan klassas som vårdslös. Utanför bolagsrätten har Frankrike en generell skadeståndsgrund i CC. Denna hänvisar till uppsåt, vållande eller oförstånd och kan genom oförståndsrekvisitet tyckas ha en vidare tillämplighet än *faute de gestion*. Jag ställer mig kritisk till detta eftersom *faute de gestion* torde vara ägnad för ledningens förvaltning och därmed utgöra *lex specialis* i förhållande till det generella skadeståndet, *lex generalis*, i CC. Fördelen med det generella skadeståndet är dock att det är tillämpligt på skador som orsakats utanför förvaltningen.<sup>165</sup>

*Fiduciary duty* i USA utgör en grund för skadestånd till borgenärerna för den skada de lidit dels på grund av att ledningen varit försumligt underinformerad

---

<sup>161</sup> Jmf 4:3 - 13 KonkL

<sup>162</sup> Jmf avsnitt 2.2.2

<sup>163</sup> Jmf avsnitt 2.2.3

<sup>164</sup> Se avsnitt 3.1.3.2.5 angående tillämplighet

<sup>165</sup> Jmf avsnitt 2.2.4

och därav gjort förlusttransaktioner och dels på grund av att ledningen i alltför stor utsträckning gynnat ägarna trots en relativt nära förestående konkurs. Med hänvisning till att *fiduciary duty* endast omfattar två kategorier av transaktioner samt ligger nära vårdslöshetsrekvisitet, menar jag att detta institut inte medför några större reparationsmöjligheter gällande borgenärsskador i jämförelse med de svenska reglerna.<sup>166</sup> *Fraudulent transfers* är tillämpligt dels vid uppsåt att hindra, försena eller bedra bolagets borgenärer. Institutet är även tillämpligt när transaktioner ger en oacceptabel motprestation samtidigt som bolaget direkt efter transaktionen inte har tillgångar för att täcka skulder eller för att kunna betala löpande skulder då de förfaller. Uppsåtsrekvisitet är inte uppfyllt vid sådan icke-vårdslös förvaltning som diskuterats ovan. Den andra delen av *fraudulent transfers* kan dock tillämpas i sådana fall. En nackdel med detta institut i jämförelse med *insolvenzverschleppungshaftung*, *wrongful trading* och motsvarigheten till *wrongful trading* i Englands *common law*, är att *fraudulent trading* inte är tillämpligt på underlåtenhet att rättshandla.<sup>167</sup>

Att kombinera ersättningsreglerna med försäkringslösningar skulle visserligen undergräva den del av det incitament som i föregående avsnitt diskuterats.<sup>168</sup> Fördelen är dock att borgenärernas skador inte riskerar att kvarstå på samma vis som vid försäkringarnas frånvaro. Exempel på denna variant finner vi i USA.<sup>169</sup>

### 3.1.3.2.5 Den kritiska punktens position

Olika faktorer används i olika system för att positionera den kritiska punkten vad gäller de i uppsatsen berörda borgenärsskydden. Reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* har den kritiska punkten knuten till den tidpunkt då hälften av det registrerade aktiekapitalet är förbrukat.<sup>170</sup>

*Wrongful trading* hänvisar den kritiska punkten till tidpunkten då gärningspersonen har insett eller borde ha insett att bolaget inte rimligen skulle gå att rädda.<sup>171</sup> En sådan generell beskrivning öppnar upp för en vidd av tolkningsmöjligheter. Ian Fletcher lade fram tolkningen att endast sannolikhet till insolvens skulle kunna leda till ansvar.<sup>172</sup> High Level Group of Company Law Experts presenterade sin tolkning att ansvar skulle kunna åläggas från och med den tidpunkt då insolvens skulle vara förutsebar även om den inte var direkt överhängande.<sup>173</sup> Något rättsfall som givit klarhet i frågan har inte kommit. Det närmsta är rättsfallet *Singer v. Beckett* där ansvar påstods kunna ha uppkommit om konkursförvaltaren pekat på att bolaget omöjligen skulle

---

<sup>166</sup> Jmf avsnitt 2.2.5

<sup>167</sup> Jmf avsnitt 2.2.2, avsnitt 2.2.3 samt avsnitt 2.2.5

<sup>168</sup> Se avsnitt 3.1.3.2.3

<sup>169</sup> Se 145 (g) Delaware General Corporation Act (DGCA) samt Jmf Kraakman, R, m fl, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, s 89

<sup>170</sup> 25:13 ABL

<sup>171</sup> Se avsnitt 2.2.2

<sup>172</sup> Se Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, EBOR, vol 5, 2004, Issue 2, s 302

<sup>173</sup> Se Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, EBOR, vol 5, 2004, Issue 2, s 302

kunna undgå konkurs.<sup>174</sup> I detta rättsfall fastlades även att en *director*, bortsett från ”finance director”, inte kan förväntas ha sådana ingående redovisningskunskaper som i detta fall krävdes för att förstå bolagets situation. Sistnämnda uttalande har enligt min mening gjort institutet *wrongful trading* mer svåråtkomligt.<sup>175</sup> I det stora hela ger *wrongful trading* dock möjlighet att lägga den kritiska punkten så tidigt som vid bolagets bildande under förutsättning att gäringarna borde ha insett att bolaget inte rimligen skulle gå att rädda. Således kan den kritiska punkten läggas när som helst från bolagsbildningen till det att bolaget försätts i konkurs, vilket är både tidigare och senare än de svenska och tyska systemen.<sup>176</sup> Det till *wrongful trading* motsvarande institutet i *common law*, har en lite annorlunda formulerad kritisk punkt. Istället för ”inte rimligen skulle gå att rädda” använder man sig av ”tvivel om bolagets konkurs”.<sup>177</sup> Jag nöjer mig med att konstatera att båda instituten har snarlika kritiska punkter samt att bägge är dynamiska, varför någon fast punkt ej går att finna.

I *insolvenzverschleppungshaftung* kopplas den kritiska punkten till bolagets insolvens. Det finns två tester som avgör huruvida insolvens föreligger i den tyska rätten. Det ena är kassaflödestestet, ”Zahlungsunfähigkeit”, och det andra är balansräkningstestet, ”Überschuldung”. Det är således både brist på likvida tillgångar för att kunna betala löpande skulder och brist på tillgångar som krävs för att täcka samtliga skulder som kan utgöra den kritiska punkten för *insolvenzverschleppungshaftung*.<sup>178</sup> Innebörden av denna definition av den kritiska punkten är att *insolvenzverschleppungshaftung* aldrig kan tillämpas så tidigt som en tolkning av *wrongful trading* och motsvarande institut i Englands *common law* skulle kunna medge. I jämförelse med de svenska reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* kan *insolvenzverschleppungshaftung* få en senare lagd kritisk punkt om balansräkningstestet är först med att ge utslag. Är det istället så att kassaflödestestet är avgörande för den kritiska punkten, har *insolvenzverschleppungshaftung* möjlighet att tillämpas tidigare än de svenska reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*.

De amerikanska reglerna om *fraudulent transfers* kan i stort sett tillämpas hur långt tillbaka som helst, men domstolarna tenderar att hålla sig inom de föreslagna tidsramarna, vilka är ett år enligt BC och fyra år enligt UFTA.<sup>179</sup>

Övriga regler saknar en kritisk punkt för tillämpligheten eller utelämnas på grund av uppsatsens fokus på reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* och alternativa system.

---

<sup>174</sup> Se Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, EBOR, vol 5, 2004, Issue 2, s 302

<sup>175</sup> Jmf Bachner, T, *Wrongful trading before the English High Court*, EBOR, vol 5, 2004, Issue 1, s 197

<sup>176</sup> Jmf SvJT 2006, s 891

<sup>177</sup> Se SvJT 2006 s 889 f samt s 892

<sup>178</sup> Se Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, EBOR, vol 5, 2004, Issue 2, s 300

<sup>179</sup> Se Adiksson, J D, Riser, C M, *Asset Protection: Concepts & Strategies for Protecting Your Wealth*, s 62



Vid en jämförelse av ovan nämnda institut, kan konstateras att tillämpligheten av de svenska reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* inte nödvändigtvis hamnar sist. Det ska dock noteras att det finns alternativa regler som blir tillämpliga vid ett tidigare skede.

### **3.1.3.2.6 Den kritiska punktens förutsebarhet**

I föregående avsnitt har noterats att den kritiska punkten kan ligga vid olika tidpunkter. Vad gäller reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* är den kritiska punkten klart förutsebar eftersom den är låst till aktiekapitalets storlek.<sup>180</sup>

Tolkningsmöjligheterna av *wrongful trading* är av den vidden att förutsebarheten blir vag.<sup>181</sup>

Den kritiska punkten för *insolvenzverschleppungshaftung* i Tyskland är klart förutsebar eftersom den är kopplad till antingen brist på likvida tillgångar för att kunna betala löpande skulder eller brist på tillgångar som krävs för att täcka samtliga skulder. Huruvida dessa kriterier är uppfyllda är lätt att ta reda på med hjälp av räkenskaperna.<sup>182</sup>

Vad gäller det amerikanska institutet *fraudulent transfers* är möjligheterna i stort oändliga, men eftersom domstolarna generellt tillämpar de föreslagna tidsramarna blir förutsebarheten inte helt frånvarande.<sup>183</sup>

Övriga regler saknar en kritisk punkt för tillämpligheten eller utelämnas på grund av uppsatsens fokus på reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* och alternativa system.

### **3.1.4 Gränsöverskridande konkurser**

I avsnitt 2.3.2 noteras en oklarhet vad gäller definitionen av ”säte” i Art 3 IF. Eftersom definitionen rör en presumtion, undkommer vi, oavsett tolkning, inte den problematik som kan uppstå inom EU vid konkursförfaranden rörande bolag med verksamhet utanför registreringslandet. Detta eftersom följderna vid en sådan konkurs kan bli att insolvensrättsliga regler skall tillämpas i ett medlemsland i enlighet med dess lagstiftning medan de bolagsrättsliga reglerna skall tillämpas i ett annat medlemsland enligt det sistnämnda medlemslandets lagstiftning. På grund av skillnader i rättsordningarna kan detta medföra att vissa typer av regler riskerar att hamna utanför tillämpningen.

Som exempel kan tas ett i England registrerat bolag med all sin verksamhet i Sverige. Bolaget skall enligt insolvensförordningen försättas i konkurs enligt svensk rätt eftersom bolagets huvudsakliga intresse ligger här. Således tillämpas svensk insolvensrätt, men eftersom bolaget är registrerat i England som tillämpar registreringsprincipen, skall svenska bolagsrättsliga regler ge

---

<sup>180</sup> Jmf avsnitt 3.1.3.2.5

<sup>181</sup> Jmf avsnitt 3.1.3.2.5

<sup>182</sup> Jmf Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, EBOR, vol 5, 2004, Issue 2, s 300 samt avsnitt 3.1.3.2.5

<sup>183</sup> Jmf Adiksson, J D, Riser, C M, *Asset Protection: Concepts & Strategies for Protecting Your Wealth*, s 62 samt avsnitt 3.1.3.2.5

vika för bolagsrätten i England. Med andra ord tillämpas den svenska KonkL med omgivande insolvensregler tillsammans med Englands CA med omgivande bolagsregler. ABL och Englands IA samt motsvarande insolvensrättslig *common law* i England hamnar således utanför tillämpningsområdet för exemplet. Eftersom reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* regleras i ABL och Englands *wrongful trading* samt motsvarande institut i *common law* hör till IA och insolvensrättslig *common law*, tappar borgenärerna den säkerhet dessa institut kan erbjuda. Straffansvaret i *fraudulent trading* är visserligen tillämpligt, men skadeståndsmöjligheterna på grund av detta institut försvinner likt *wrongful trading* med insolvensrätten.<sup>184</sup>

Det är inte heller möjligt att lösa den aktuella problematiken genom att försätta filialer i konkurs. Detta fastlade högsta domstolen med hänvisning till att en filial inte är ”en förmögenhetsmassa, som i gäldenärshänseende utgör en i förhållande till det utländska bolaget fristående enhet” och därmed inte utgör ett självständigt rättssubjekt som kan försättas i konkurs.<sup>185</sup>

## **3.2 Bolagskollektivet**

### **3.2.1 Finns det intresse av att eftersträva en ökad tillgänglighet till privata aktiebolag?**

#### **3.2.1.1 Vilken påverkan har tillgängligheten till den privata aktiebolagsformen?**

Jag vågar påstå att det finns personer i samhället som har bärkraftiga affärsidéer och vilja att förverkliga dem samtidigt som de hindras av minimikapitalkravet i sig och/eller av att bolagsreglerna är för komplexa. Minimikapitalkravet hindrar visserligen inte användandet av en alternativ bolagsform där ägaren har personligt ansvar för bolagets förpliktelser. Det medför dock ett behov för ägarna att sätta sig in i minst två olika bolagsregelsystem i det fall de senare vill lägga över verksamheten i ett bolag där ägarna inte har något personligt ansvar. Detta är inte önskvärt eftersom komplexa regler reducerar tillgängligheten till den privata aktiebolagsformen. Med hänvisning till ovanstående resonemang, torde en ökad tillgänglighet till den privata aktiebolagsformen öka nyföretagandet.

Ökad tillgänglighet till den privata aktiebolagsformen torde även underlätta och därmed även öka antalet omstruktureringar, vilka ger möjligheter till verksamhetseffektivisering och expansion.

#### **3.2.1.2 Varför eftersträva ökat nyföretagande och fler omstruktureringar?**

Som konstaterats i föregående avsnitt, torde en ökad tillgänglighet till den privata aktiebolagsformen leda till ökat nyföretagande. Det i sin tur torde öka behovet av externt kapital. Externt kapital gör att verksamheter kan expandera.

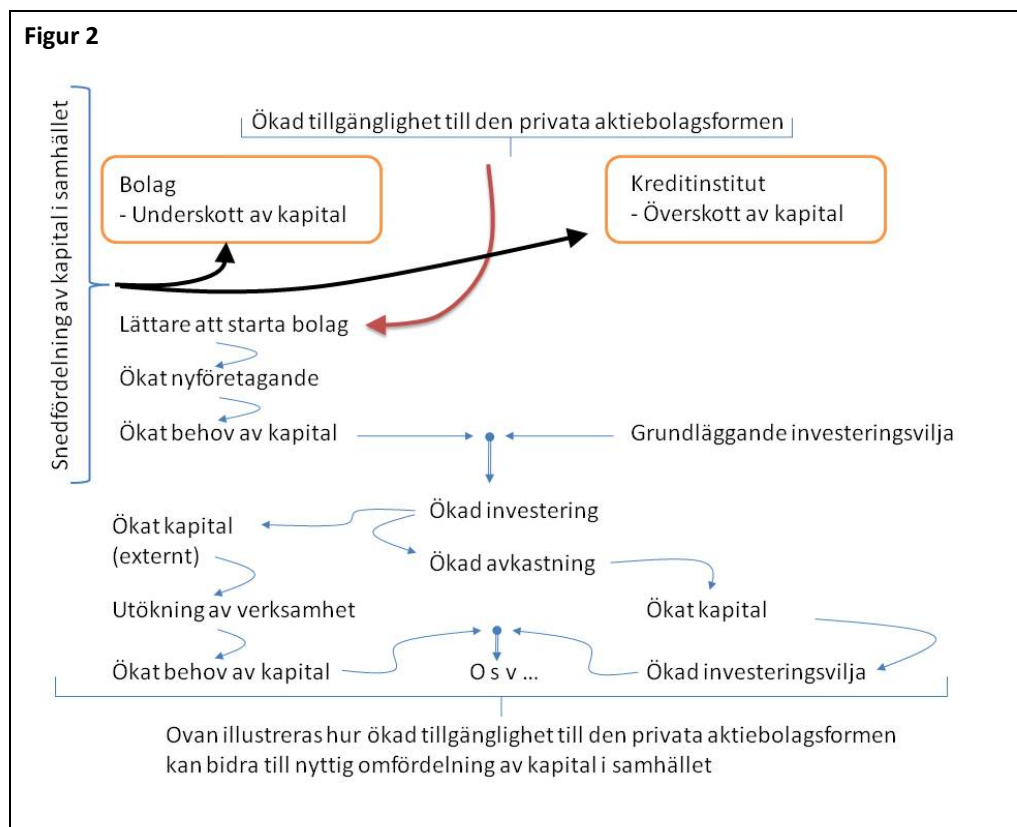
---

<sup>184</sup> Jmf SvJT 2006, s 898

<sup>185</sup> NJA 1980 s 164

Kreditinstitutens investeringar ger avkastning, varför kreditinstitutens investeringsförmåga kommer att öka, samtidigt som de expanderade verksamheterna får ökat behov av externt kapital. På detta sätt medför en ökad tillgänglighet till den privata aktiebolagsformen, precis som ett starkare borgenärsskydd, en effektivare omallokering av samhällets kapital. Således främjar vi även här näringsliv och välbefinnande i samhället.<sup>186</sup> Se figur 2 nedan.

Liknande resonemang skulle kunna byggas runt möjligheterna till omstruktureringar, vilka ger möjligheter till verksamhetseffektivisering och expansion.



## 3.2.2 Svenska regler ur ett nationellt perspektiv

### 3.2.2.1 Minimikapitalkravet

#### 3.2.2.1.1 Fast belopp utan koppling till verksamhet och risk

En aspekt som till viss del har tagits upp tidigare i uppsatsen är att minimikapitalkravet inte är anpassat efter det enskilda bolagets kapitalbehov.<sup>187</sup> Det finns de som har argumenterat för att minimikapitalkravet är utvecklat med fokus på de större bolagen.<sup>188</sup> Ser man tillbaka historiskt har minimikapitalkravets reella värde skiftat väsentligt. Dessutom har historien visat stora skillnader mellan lagförslag och stiftad lag.<sup>189</sup> Orsak till detta torde vara att

<sup>186</sup> Jmf Dahlman, C, m fl, *Rättsekonomi; En introduktion*, s 10

<sup>187</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 22

<sup>188</sup> Se Dir 2007:132

<sup>189</sup> Jmf avsnitt 2.2.1.2

minimikapitalets storlek till stor del styrts av politiska värderingar av å ena sidan borgenärsskydd och å andra sidan tillgängligheten för bolagsbildning.

### **3.2.2.1.2 Anskaffning av externt kapital**

Ett argument som har lagts fram som en styrka hos minimikapitalkravet är att ett större internt kapital underlättar anskaffning av externt kapital.<sup>190</sup> Så torde också vara fallet, men att avskaffa minimikapitalkravet innebär inte att bolagen tappar sin förmåga att bygga ett internt kapital. Detta är något som enligt min mening bland annat återspeglas av den tabell som pekar på att aktiekapitalet endast utgör mellan 2,09 – 10,47 procent av bolagens egna kapital.<sup>191</sup>

### **3.2.2.1.3 Sparande för framtiden**

Möjlighet att spara inför sämre tider anges som ännu ett syfte i doktrinen.<sup>192</sup> Eftersom minimikapitalkravet inte är ett krav som tillför nya möjligheter till sparande, torde doktrinen i detta fall syfta till funktionen med ett aktiekapital. Minimikapitalkravets frånvaro hindrar inte att bolagen självmant bygger ett aktiekapital. Således innebär inte ett avskaffande av minimikapitalet att vi förlorar möjligheten att spara.<sup>193</sup>

### **3.2.2.1.4 Principen om ansvarsfrihet**

Det har argumenterats för att principen om ägarnas ansvarsfrihet är grundläggande för aktiebolagsformens attraktionsförmåga och att denna riskerar att inskränkas i det fall minimikapitalkravet försvinner eller blir för lågt.<sup>194</sup> Med hänvisning till vad som tidigare sagts om att minimikapitalkravet inte har den tilltänkta skyddseffekten, menar jag att principen om ansvarsfrihet åtminstone teoretiskt inte ska påverkas av att minimikapitalkravet försvinner. I praktiken skulle det kunna uppkomma en viss påverkan i det fall banker ökar sina krav på personlig borgen och liknande avtalsklausuler på grund av att det illusoriska skyddet försvinner.<sup>195</sup>

### **3.2.2.1.5 Hinder vid bolagsbildning**

Ett problem med minimikapitalkravet är att det utgör ett hinder mot bildande av privata aktiebolag där behovet av internt kapital understiger minimikapitalkravet.<sup>196</sup> I SOU 2008:49 tas denna aspekt upp. Där hänvisar utredningen till att det kan ha betydelse för den enskilde men att det i övrigt inte finns något empiriskt stöd för att ett sänkt minimikapitalkrav skulle medföra ett ökat nyföretagande.<sup>197</sup> Problemet negligeras även i *European Company and Financial Law Review* (ECFR), med hänvisning till att vinstgivande företagande endast hindras i undantagsfall eftersom följande tre förutsättningar då måste vara uppfyllda: (1) grundarna inte har möjlighet att tillföra bolaget tillgångar mot-

<sup>190</sup> Se SOU 2008:49, s 50

<sup>191</sup> Se tabell 3 under avsnitt 3.1.3.1.1

<sup>192</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 100

<sup>193</sup> Jmf avsnitt 3.2.2.1.2

<sup>194</sup> Se SOU 2008:49, s 96

<sup>195</sup> Jmf SOU 2008:49, s 85 samt avsnitt 3.1.3.1

<sup>196</sup> Se Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 22

<sup>197</sup> Se SOU 2008:49, s 11

svarande minimikapitalkravet, (2) grundarna hellre lägger ner försöket att driva verksamheten än att riskera personligt ansvar och (3) det tänkta bolaget måste förväntas generera en vinst som dels täcker den normala räntan på lånen som krävs och dels täcker en acceptabel inkomst för grundarna. Att notera är att denna källa är riktad mot publika bolag, men är enligt min mening även aktuell för privata bolag i denna del.<sup>198</sup> Oavsett vad som ovan sagts menar jag att det inte alltid är önskvärt att låsa in tillgångar i ett bolag där de inte ger avkastning. Dessutom är eventuellt nödvändiga lån en procedur som försvårar bolagsbildning. Därför utgör minimikapitalkravet ett hinder för bolagsbildningen i de fall det interna kapitalbehovet understiger minimikapitalkravet.

### **3.2.2.1.6 Förlänger handläggningstiden vid bolagsbildning**

En annan nackdel med minimikapitalkravet är att det medför ett behov av kontroll innan ett bolag kan beviljas registrering. Det i sig innebär längre handläggningstider innan bolagsregistrering beviljas, vilket i sig minskar den privata aktiebolagsformens tillgänglighet.<sup>199</sup>

### **3.2.2.1.7 Lägre transaktionskostnader**

Det har argumenterats för att minimikapitalkrav reducerar transaktionskostnaderna mellan bolagen och deras borgenärer. Detta med hänvisning till att minimikapitalkravet fungerar som en standardklausul och därmed avlägsnar behovet av att införa sådana klausuler i vart och ett av låneavtalen.<sup>200</sup> Min mening är att reducerade transaktionskostnader skulle kunna uppnås i det fall minimikapitalkravet var tillräckligt stort för att få önskvärd effekt. Dagens krav på minimikapital är dock för litet ur denna aspekt, vilket innebär att borgenärsskyddsklausuler är lika nödvändiga i låneavtalen oavsett om vi har ett minimikapitalkrav eller ej. Dessutom tillkommer extra kostnader för bolagen eftersom upprätthållandet av minimikapitalkravet kostar för staten och därigenom även för bolagen i form av skatt.<sup>201</sup> Notera samma frågeställning rörande reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*.<sup>202</sup>

### **3.2.2.1.8 Standardavtalsfunktion**

Det har noterats att borgenärerna vid ett alltför svagt borgenärsskydd kräver strängare skydd i låneavtalen, vilket medför risken att flera låneavtal med olika typer av borgenärsskyddsregler tillsammans hämmar bolagets handlingsfrihet på ett icke-obetydligt sätt.<sup>203</sup> Precis som i föregående avsnitt hänvisar jag till minimikapitalkravets uteblivna skyddseffekt som grund för att låneavtalens borgenärsskyddsklausuler åtminstone i teorin inte torde förändras på ett sådant negativt sätt. Risken är dock att det idag finns en obefogad tillit till minimikapitalkravets borgenärsskyddsfunktion, vilken till viss del kan påverka

---

<sup>198</sup> Se Lutter, M, *Legal Capital in Europe*, ECFR, s 28

<sup>199</sup> Jmf Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 101 f

<sup>200</sup> Se Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 105 f

<sup>201</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 23 och Hopt, K J,

Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 101 f

<sup>202</sup> Jmf avsnitt 3.2.2.2.1

<sup>203</sup> Se SvJT 2006, s 893

kreditavtalens utformning genom sin frånvaro. I den mån det finns obefogad tillit till minimikapitalkravet har vi idag det problemet att borgenärerna belastas med en risk de inte är medvetna om och därmed inte kompenserar på ett lämpligt sätt. Se samma frågeställning rörande reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*.<sup>204</sup>

### **3.2.2.1.9 Ökat antal regler**

Att ha i åtanke är att minimikapitalkravet medför ytterligare regler, vilka den enskilde företagaren måste ta hänsyn till. Som redogjorts för tidigare i uppsatsen är tillgänglighet och därmed enkelhet en faktor som är värd att eftersträva, varför ett avskaffande av minimikapitalkravet är begärligt ur denna aspekt.<sup>205</sup>

## **3.2.2.2 Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist**

### **3.2.2.2.1 Lägre transaktionskostnader**

Även reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* omfattas av argumentet om lägre transaktionskostnader. I detta fall torde effekten bli större än från minimikapitalkravet ensamt, eftersom dessa regler skulle kunna ha en borgenärsskyddande effekt under förutsättning att minimikapitalkravet är i nivå med den risk som bolagets verksamhet medför. Sålunda skulle det räcka för borgenären att avtala fram ett minimikapital och sedan låta de lagstadgade reglerna sköta resten.<sup>206</sup>

Inte att förglömma är den extrakostnad som upprätthållandet och tillsynen av lagreglerna kräver, vilken bolagen måste betala indirekt genom skatt.<sup>207</sup>

### **3.2.2.2.2 Standardavtalsfunktion**

Som nämnts i föregående avsnitt torde reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* kunna fungera som standardavtal. Standardiserade klausuler torde motverka det faktum att olika borgenärsskyddsklausuler kumulerar och på så sätt inskränker bolagets handlingsmöjligheter.<sup>208</sup>

### **3.2.2.2.3 Ökat antal regler**

Precis som minimikapitalkravet medför reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* ytterligare omständigheter för den enskilde företagaren att hålla reda på. I detta fall rör det sig om fler regler än bara minimikapitalkravet ensamt och därmed försvåras översikten av de lagrum som omfattar de privata aktiebolagen i större omfattning, vilket återigen inte är eftersträvansvärt.<sup>209</sup>

---

<sup>204</sup> Jmf avsnitt 3.2.2.2.2

<sup>205</sup> Se avsnitt 3.2.1 samt jmf avsnitt 3.2.2.2.3

<sup>206</sup> Jmf Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 105 f samt avsnitt 3.2.2.1.7

<sup>207</sup> Jmf Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, s 23 och Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, s 101 f

<sup>208</sup> Jmf SvJT 2006, s 893 samt jmf avsnitt 3.2.2.1.8

<sup>209</sup> Se avsnitt 3.2.1 samt jmf avsnitt 3.2.2.1.9

### 3.2.3 Gränsöverskridande konkurser

I avsnitt 3.1.4 har redan fastlagts att det finns en borgenärsskyddsproblematik i att bolagsrätten och insolvensrätten följer olika lagvalsregler inom EU.

Kommissionen har noterat behovet av harmonisering på området och år 2003 lades ett förslag fram om införande av ett direktiv om bland annat ”olaga affärsmetoder” – en motsvarighet till *wrongful trading*. Förslaget var att ett sådant direktiv skulle införas någon gång mellan år 2006 - 2008, vilket fortfarande inte har hänt.<sup>210</sup>

En sådan harmonisering skulle innebära att de svenska bolagsrelaterade reglerna blir mer svåröverskådliga eftersom vi då får både ett institut likt *wrongful trading* samtidigt som vi har kvar minimikapitalkravet tillsammans med därtill kringliggande regler. Därför menar jag att det även här finns ett argument för att avskaffa minimikapitalkravet.

### 3.2.4 Societas Privata Europea

SPE är det framtida privata europabolaget. I avsnitt 2.3.3 har noterats att SPE lär bli utan minimikapitalkrav och att ledningens ansvar i stort ska regleras på nationell nivå. Avsaknaden av harmonisering mellan de svenska reglerna på området och de kommande europarättsliga reglerna rörande SPE är ytterligare ett argument för att avskaffa minimikapitalkravet och tillhörande regler. Ett institut likt *insolvenzverschleppungshaftung* eller *wrongful trading* skulle få bättre effekt ur denna aspekt eftersom de inte är beroende av ett minimikapitalkrav.

## 3.3 Svenska staten

### 3.3.1 Mellanstatlig konkurrens om bolagen inom EU

I teorin medför den europeiska etableringsfriheten en mellanstatlig konkurrens om bolagen inom EU. Även om konkurrensen än så länge inte har fått några större effekter i praktiken, finns det likheter med den konkurrens som finns mellan delstaterna i USA, om bolagen där. Effekten av konkurrensen där, har blivit att en överväldigande majoritet av bolagen har valt att registrera sig i Delaware.<sup>211</sup>

I SOU 2008:49 avfärdar man konkurrensproblematiken med hänvisning till att vi fortfarande har en mindre andel filialer från utländska bolag.<sup>212</sup>

Hanne Søndergaard Birkmose påpekade år 2004 att det fanns två krav för att konkurrens mellan delstaterna skulle aktualiseras. Dels krävdes möjligheten att fritt välja vilket land bolaget skulle registreras i och dels krävdes möjligheten att fritt flytta sitt bolag mellan olika länder. I Hannes bok konstaterades att

---

<sup>210</sup> Se KOM (2003) 284, s 7, 11

<sup>211</sup> Se Søndegaard Birkmose, H, *Konkurrence mellem retssystemer; Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, s 17 f

<sup>212</sup> Se SOU 2008:49, s 12

endast den första av dessa två förutsättningar var uppfylld och att konkurrens därmed inte var aktuell.<sup>213</sup>

Redan året efter att Hannes bok utgavs, kom EGDs dom i Sevic-målet, vilket redogjorts för tidigare.<sup>214</sup> Sevic-målet klargjorde att etableringsfriheten även innebar möjlighet till att fritt flytta sitt bolag inom EU genom fusionering. Således är Hannes båda förutsättningar uppfyllda i dagsläget.<sup>215</sup>

Något som fortfarande tycks motverka en fullskalig konkurrens är de språkliga, kulturella, politiska, sociala och ekonomiska skillnaderna som finns mellan EUs medlemsstater.<sup>216</sup> Ytterligare en faktor som talar mot en mellanstatlig konkurrens är EUs generella förbud mot ”franchise tax” eller ”indirekt skatt på kapitalanskaffning”, vilket förekommer i USA. Det innebär att medlemsstaterna i EU inte har samma typ av skatteintäkt som incitament att vilja konkurrera om bolagens inkorporation.<sup>217</sup> En sista faktor som kan ha en hämmande effekt på den mellanstatliga konkurrensen är de processuella skillnaderna, vilka är större mellan EUs medlemsländer än mellan delstaterna i USA. Dessa torde medföra att jurister inte gärna rekommenderar klienter att lägga bolag i andra medlemsländer eftersom det då finns en tämligen stor risk att de förlorar sina klienter till jurister med bättre kompetens inom det andra medlemslandets jurisdiktion.<sup>218</sup>

En faktor som däremot talar för en ökad konkurrens mellan EU-medlemsstaterna är att skillnaderna mellan bolagsreglerna är större inom EU än vad de är och har varit inom USA, vilket innebär att en flytt inom EU kan ge större effekt än den man har åstadkommit och kommer att åstadkomma vid en bolagsflytt inom USA.<sup>219</sup>

Redan nu kan man se att Frankrike har tagit bort minimikapitalkravet i SARL,<sup>220</sup> och att Tyskland har genomfört en liknande åtgärd.<sup>221</sup> Även om Danmark och Spanien inte redogörs för i denna uppsats, vill jag nämna att Danmark nyligen har sänkt sitt minimikapitalkrav,<sup>222</sup> och att Spanien har infört en ny flexibel bolagsform.<sup>223</sup>

Med tanke på de negativa effekter som minimikapitalkravet medför för bolagen utan att för den delen ge ett motsvarande borgenärsskydd, skulle det vara

---

<sup>213</sup> Se Søndegaard Birkmose, H, *Konkurrence mellem retssystemer; Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, s 328

<sup>214</sup> Se avsnitt 2.3.1

<sup>215</sup> Jmf Søndegaard Birkmose, H, *Konkurrence mellem retssystemer; Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, s 328

<sup>216</sup> Jmf Søndegaard Birkmose, H, *Konkurrence mellem retssystemer; Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, s 224

<sup>217</sup> Se 2008/7/EG samt Jmf SvJT 2006, s 887

<sup>218</sup> Jmf Kirchner, C, m fl, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, s 25 f

<sup>219</sup> Se SvJT 2006, s 887

<sup>220</sup> Se avsnitt 2.2.4

<sup>221</sup> Se avsnitt 2.2.3

<sup>222</sup> Se Bogdan, M, *Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU*, Ny juridik 1:04, s 18

<sup>223</sup> Se SvJT 2006, s 887



fördelaktigt för Sveriges konkurrensställning inom EU om minimikapitalkravet avskaffades.

## 4 Slutsats

### 4.1 Samlad bedömning av de argument som anförts i uppsatsen

I denna uppsats har konstaterats att det finns ett behov av lagreglerat borgenärsskydd och att ett sådant skydd gynnar såväl borgenärer, bolag som samhällets resursanvändning.

Vad gäller nyföretagande och omstruktureringar, torde dessa tillta vid ökad tillgänglighet till den privata aktiebolagsformen. Detta gynnar likt borgenärsskyddet både borgenärer, bolag och samhällets resursanvändning.

Det har även framgått att minimikapitalkravet är ställt så lågt att motsvarande kapital lätt förbrukas flera gånger om innan reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* hindrar en fortsatt verksamhet och att en soliditet baserad endast på minimikapitalet generellt är oförsvarligt låg för att en verksamhet ska kunna drivas på ett säkert sätt. Därför måste minimikapitalkravet höjas i avsevärd mån eller bli flexibelt till att följa verksamhetens risk i respektive bolag för att kunna erbjuda den efterfrågade bufferteffekten. Det har även visat sig att minimikapitalkravet generellt endast utgör en mycket liten del av bolagens egna kapital. Det sistnämnda är tecken på att bolagens fria vilja, till större del än minimikapitalkravet, ligger till grund för den efterfrågade bufferteffekten. Till sist noteras att oförutsedda uppstartskostnader kan täckas med externt kapital eller aktieägartillskott som alternativ till minimikapitalkravets buffert.

I uppsatsen har även konstaterats att hinder mot spädning finns i värdeöverföringsreglerna oavsett om vi har ett minimikapitalkrav eller ej.

Hinder mot missbruk, den så kallade seriositetsspärren, har även den konstaterats vara verkningslös mot de som vill kringgå den. Därför är det ur denna aspekt bättre att använda *wrongful trading*. Visserligen utgör inte *wrongful trading* någon spärr, men ansvaret för *directors* och *shadow directors* torde fungera dels som ett avskräckande moment och dels som en möjlighet till reparation av uppkomna borgenärsskador.

Påståendet om att minimikapitalkravet skulle utgöra en kollektiv försäkring är felaktigt eftersom varken bufferteffekten eller seriositetsspärren ger någon verkan. Framförallt är detta argument endast en upprepning av tidigare argument, vilket gör det värdelöst.

Därutöver har noterats att reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* inte torde medföra någon varning för tillkommande borgenärer.

Incitament att överblicka bolagets egna kapital torde inte bara finnas i reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist*, utan torde även finnas i instituten *insolvenzverschleppungshaftung*, *wrongful trading* samt *wrongful*

*trading*:s motsvarighet i Englands *common law*. Samtidigt torde samma incitament följa av viljan att utveckla och driva verksamheten vidare.

Något incitament till borgenärsskyddande förvaltningsstrategi finns inte i de svenska reglerna. Det finner man dock i både den engelska och den tyska rätten, varför borgenärsskyddet är starkare i England och Tyskland i detta hänseende.

I anknytning till det ovan nämnda incitamentet följer möjligheterna till reparation för borgenärerna. De svenska, tyska, franska och amerikanska reglerna medger reparation vid vårdslöshet. Tyskland medger dessutom likt England reparation när ledningen inte vidtagit de borgenärsskyddande förvaltningsåtgärderna som utöver den vanliga förvaltningen krävs i dessa länder. Med andra ord åtnjuter borgenärerna även här bättre skydd i England och Tyskland än i Sverige.

Vad gäller den kritiska punkten, har det i uppsatsen konstaterats att reglerna om *tvångslikvidation på grund av kapitalbrist* visserligen har en klar och tydlig sådan, men att den ofta hamnar vid ett senare tillfälle än i de alternativa systemen. Återvinningsreglerna har visserligen tämligen klara kritiska punkter, men förutsebarheten är frånvarande. *Wrongful trading* samt motsvarande institut i engelska *common law* har en svagare förutsebarhet vad gäller den kritiska punkten, men å andra sidan möjliggör tolkningsvidden att den kritiska punkten läggs så pass tidigt att, åtminstone i teorin, samtliga konkursfall kan omfattas från det att behovet uppstår. *Insolvenzverschleppungshaftung* har en stark förutsebarhet eftersom den kritiska punkten baseras på två alternativa fall i räkenskaperna. Nackdelen i jämförelse med *wrongful trading* är dock att fall, där en tidigare lagd kritisk punkt är önskvärd, inte går att komma åt med *insolvenzverschleppungshaftung*. Vad gäller de regler som rör vårdslös förvaltning samt regelbrott, har samtliga länder gemensamt att någon kritisk punkt inte är aktuell eftersom den typen av regler hela tiden är tillämpliga. Detta omfattar dock inte brotten i 11 kapitlet BrB, vilka har olika kritiska punkter för tillämpningen. Gemensamt för dem är att de ligger tämligen sent i bolagets slutfas.

Ytterligare skäl som talar mot det system vi har idag är att olika lagvalsregler gäller för bolagsrätten och insolvensrätten, vilket medför en risk för att varken svenska eller utländska reparationsmöjligheter är tillämpliga, vari borgenärskollektivet som helhet förlorar stora delar av sitt skydd.

Det har även konstaterats att minimikapitalkravet tycks återspegla de politiska värderingar som lagts i borgenärsskyddsintresset samt intresset av tillgänglighet till bolagsbildning och att det saknar anknytning till någon funktionell faktor.

Argumentet om att minimikapitalkravet underlättar anskaffning av externt kapital har även det negligerats i denna uppsats med hänvisning till att internt kapital, vilket är grunden till underlättad anskaffning av externt kapital, likväl kan byggas på frivillig basis.

Sparande inför framtida utgifter är möjligt oavsett minimikapitalkrav eller ej, varför detta inte kan ses som ett argument för bibehållande av minimikapitalkravet.

Vad gäller principen om ägarnas ansvarsfrihet ska den teoretiskt sett inte påverkas av att dagens regler avskaffas eftersom dessa inte påverkar borgenärsskyddet i tillräcklig mån.

Med hänvisning till intresset att hålla tillgångar utanför ett bolag där de inte gör någon nytta samt att anskaffning av kapital medför en extra börda, har jag i uppsatsen pekat på att minimikapitalkravet utgör ett hinder för bolagsbildning i det fall behovet av internt kapital understiger minimikapitalkravet.

Ytterligare ett hinder, som minimikapitalkravet medför, är behovet av att kontrollera att minimikapitalkravet är uppfyllt, vilket förlänger handläggnings- tiderna vid bolagsbildningen.

Lägre transaktionskostnader är något som inte kan förväntas av minimikapitalkravet, men däremot av tillhörande regler under förutsättning att borgenärerna avtalar fram ett lämpligt aktiekapital. Regelverket är dock inte gratis, varför de sänkta transaktionskostnaderna mer eller mindre äts upp av de skatter som ska täcka kostnaderna för lagreglernas upprätthållande och tillsyn.

I samband med argumentet om lägre transaktionskostnader, finner vi ett argument om att dagens regelverk fungerar som ett standardavtal och därmed minskar risken för att flera olika borgenärsavtal ställer krav som kumulerar och stryker bolagets handlingsutrymme. Denna effekt kan vara önskvärd, men kommer på bekostnad av ett enkelt och tillgängligt regelsystem i lagen. Därför torde det vara lämpligare att försöka uppnå standardavtalsfunktioner genom standardavtal utanför lagen.

Lagvalsproblematiken som tagits upp tidigare i slutsatsen träffar även bolagen genom det föreslagna direktivet om införande av ”olaga affärsmetoder”. I den mån detta blir verklighet kommer svenska regler att kompliceras ytterligare i det fall vi inte avskaffar minimikapitalkravet med tillhörande regler.

I uppsatsen har även uppmärksamats en kommande bolagsform, SPE. Denna kommer inte att ha något minimikapitalkrav, varför ett institut likt *insolvenzverschleppungshaftung* eller *wrongful trading* skulle ge bättre borgenärsskydd för denna bolagsform.

Uppsatsen har även tagit upp en konkurrenssituation, om bolagen, mellan staterna och att Sveriges ställning i konkurrensen torde stärkas av att minimikapitalkravet med dit hörande regler avskaffas.

## **4.2 Förslag till ändring av svenska regler**

Med hänvisning till minimikapitalkravets bristande funktion, tillhörande reglers komplexitet, lagvalsproblematik som underminerar borgenärernas reparationsmöjligheter, den eviga striden mellan borgenärsskydds- och nyföretagandeintresset, minimikapitalkravets hinder för bolagsbildning, förväntad harmonisering av ”olaga affärsmetoder”, avsaknaden av minimi-

kapitalkrav i kommande SPE, den mellanstatliga konkurrensen samt att det finns alternativa system med både tidigare lagda kritiska punkter och incitament till aktivt borgenärsskyddande förvaltning, föreslår jag att det svenska kravet på minimikapital och tillhörande regler avskaffas till förmån för ett alternativt borgenärsskydd.

Om vi istället inför ett institut motsvarande *wrongful trading* med grundligt utfört förarbete kommer: (1) förutsebarheten vara tillräcklig, (2) möjligheter finnas till ingripande vid ett tidigare stadium, (3) incitament för borgenärsskyddande förvaltning att finnas, (4) ökade möjligheter till reparation av borgenärsskador att finnas, (5) bolagsbildning att underlättas och (6) anpassning till SPE och europeisk harmonisering vara nära till hands.

Dessutom undkommer vi problematiken att ständigt underhålla nivån på ett minimikapitalkrav där intresset av borgenärsskydd vägs mot intresset av nyföretagande.

Sist bör tilläggas att institutet bör vara tillgängligt i både insolvensrätten och bolagsrätten för att hindra eventuell lagvalsproblematik.

## **5 Källförteckning**

### **5.1 Rättspraxis**

#### **5.1.1 EG-rättsfall**

Mål C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam mot Inspire Art Ltd, REG 2003, s. I-10155

Mål C-208/00 Überseering BV mot Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), REG 2002, s. I-09919

Mål C-212/97 Centros Ltd mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, REG 1999, I-01459

Mål C-411/03 SEVIC Systems AG mot Amtsgericht Neuwied, REG 2005, s. I-0000

#### **5.1.2 Svenska rättsfall**

NJA 1980 s 164

#### **5.1.3 Utländska rättsfall**

Re Continental Assurance Co of London plc (även, Singer v. Beckett)

### **5.2 Offentligt tryck**

#### **5.2.1 Svenskt offentligt tryck**

Dir 2007:132 – Ett enklare aktiebolag

SOU 1987:59 – Ansvarsgenombrott m m

SOU 2008:49 – Aktiekapital i privata aktiebolag

Prop 2004/05:85 – Ny aktiebolagslag

SCB, Sveriges officiella statistik, Statistiska meddelanden, NV 19 SM 0802, Företagens ekonomi 2006 – Ekonomisk redogörelse på företagsenhetens bransch

#### **5.2.2 Utländskt offentligt tryck**

KOM (2003) 284 – Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet: Modernare bolagsrätt och effektivare företagsstyrning i Europeiska unionen – Handlingsplan

KOM (2008) 396 – Europakommissionens förslag till rådets förordning om stadga för ett europeiskt privat aktiebolag

### **5.3 Författningar**

#### **5.3.1 Svenska författningar**

Aktiebolagsförordningen (2005:559)

Aktiebolagslagen (2005:551)  
Bokföringslag (1999:1078)  
Brottsbalk (1962:700)  
Firmalag (1974:156)  
Konkurslag (1987:672)  
Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag  
Lag (1987:667) om ekonomiska föreningar  
Skadeståndslag (1972:207)  
Utsökningsbalk (1981:774)  
Årsredovisningslagen (1995:1554)

### **5.3.2 Utländska författningar**

Bankruptcy Code (USA)  
Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland)  
Code Civil (Frankrike)  
Code de Commerce (Frankrike)  
Companies Act 2006 (England)  
Delaware General Corporation Act (USA/Delaware)  
Delaware Limited Liability Corporation Act (USA/Delaware)  
Deutsches Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Tyskland)  
Insolvency Act 1986 (England)  
Model Business Corporation Act (USA)  
Uniform Fraudulent Transfers Act (USA)

### **5.4 Fördrag**

Fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen

### **5.5 Förordningar**

Rådets förordning (EG) nr 1346/2000 av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (Svensk version om inte annat framgår)

### **5.6 Direktiv**

Rådets direktiv 89/666/EEG av den 21 december 1989 om krav på offentlighet i filialer som har öppnats i en medlemsstat av vissa typer av bolag som lyder under lagstiftningen i en annan stat

Rådets direktiv 2008/7/EG av den 12 februari 2008 om indirekta skatter på kapitalanskaffning

## **5.7 Doktrin**

### **5.7.1 Svensk litteratur**

Andersson, J, *Kapitalskyddet i aktiebolag – en lärobok*, femte upplagan, LitteraturCompagniet AB, Stockholm 2005

Dahlman, C, Glader, M, Reidhav, D, *Rättsekonomi; En introduktion*, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund 2004

Dotevall, R, *Samarbete i bolag: Om personbolag*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005

Ekström, L, *Brottsutvecklingen i Sverige fram till år 2007*, Rapport 2008:23, Brottsförebyggande rådet, Stockholm 2008

Johansson, C, Johansson, R, Marton, J, Gunvor P, *Externredovisning*, första upplagan, Bonnier, Stockholm 2006

Lindskog, S, *Kapitalbrist i aktiebolag: Kommentarer till kap. 25:13-20 ABL*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2008

Millqvist, G, *Sakrättens grunder*, tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003

Nerep, E, *Aktiebolagsrättslig analys: Ett tvärsnitt av nyckelfrågor*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003

Skog, R, *Ekonomiska brott i aktiebolag – revisorns handlingsplikt enligt ABL*, tredje upplagan, FAR FÖRLAG AB, Stockholm 2006

Skog, R, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, tjugoförsta upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006

### **5.7.2 Svenska artiklar**

Bogdan, M, *Rätt att välja bland nationella bolagsformer inom EU*, Ny juridik 1:04, s 7 - 20, VJS, Stockholm 2004

Dotevall, R, *Etableringsfriheten för aktiebolag och skyddet för bolagsborgenärer*, SvJT 2006, s 885 - 899

Sacklén, M, *Om skyddet för aktiebolagets borgenärer*, SvJT 1994, s 136 - 178

Öhrlings PricewaterhouseCoopers, *Input: En tidning för mindre och medelstora företag*, 1/2005 s 14 - 16, Öhrlings PricewaterhouseCoopers, Stockholm 2005

### **5.7.3 Utländsk litteratur**

Adiksson, J D, Riser, C M, *Asset Protection: Concepts & Strategies for Protecting Your Wealth*, The McGraw-Hill Companies Inc., New York 2004

Branch, B S, Ray, H M, Russel, R, *Last Rights: Liquidating a Company*, Financial Management Association Survey and Synthesis Series, Oxford University Press Inc., New York 2007

Dorresteijn, A, Kuiper, I, Morse, G, *European Corporate Law*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995

Hopt, K J, Wymeersch, E, *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press Inc., New York 2003

Kraakman, R R, Davies, P, Hansmann, H, Hertig, G, Hopt, K J, Kanda, H, Rock, E B, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press Inc., New York 2004

Søndergaard Birkmose, H, *Konkurrence mellem retssystemer; Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, Thomson AS, København 2004

#### **5.7.4 Utländska artiklar**

Bachner, T, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, European Business Organization Law Review, vol 5, 2004, Issue 2, s 293 - 319

Bachner, T, *Wrongful trading before the English High Court*, European Business Organization Law Review, vol 5, 2004, Issue 1, s 195 - 200

Enriques, L, Macey, J R, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against The European Legal Capital Rules*, Cornell Law Review, volym 86, 1165, September 2001

Kirchner, C, Painter, R W, Kaal, W A, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, University of Illinois Law & Economics Research Paper No. LE04-001, 2004

Lutter, M, *Legal Capital in Europe*, European Company and Financial Law Review, Special Volume 1, Walter de Gruyter 2006

Payne, J, *Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006*, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 13/2008, Hart Publishing, Oxford 2008

Singhof, B, *Equity Holders' Liability for Limited Liability Companies' Unrecoverable Debts – Reflections on Piercing The Corporate Veil Under German Law*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 143, December 1999

#### **5.8 Personlig kontakt**

Brevväxling med ONS och BERR i England, December 2008 - Januari 2009

Brevväxling med BJS, SEC, AALL och FedStats i USA, December 2008 - Januari 2009

Brevväxling med INSEE, AF samt MEIE i Frankrike, December 2008 - Januari 2009

Brevväxling med SB, DB och BJ i Tyskland, December 2008 - Januari 2009

Telefonintervju med PRV samt Bolagsverket, Januari 2009



## **5.9 Internetkällor**

Patent- och registreringsverkets prislista, 15/12 -08 (22/1 -09)  
[http://www.prv.se/upload/dokument/Avgifter/PRV\\_avgiftslista.pdf](http://www.prv.se/upload/dokument/Avgifter/PRV_avgiftslista.pdf)