



Kapitalskyddet i aktiebolag

- särskilt om låneförbudet

Författare: Christina Bengtsson
Handledare: Professor Rolf Dotevall

Sammanfattning

I ABL 21 kap. finns två typer av låneförbud, det generella låneförbudet eller det så kallade närståendelåneförbudet, och förvärvslåneförbudet eller det så kallade särskilda låneförbudet. Syftet med det generella förbudet är huvudsakligen att förhindra kringgående av skattelagstiftningen och då främst lån som personer i ett aktiebolags närhet tar för privat konsumtion. Till detta förbud är stadgat en rad undantag som till sin natur typiskt sett inte innebär någon risk för skatteflykt. Lagstiftaren har dock inte tänkt på riskerna för borgenärskollektivet i dessa situationer, utan fokus ligger på riskerna för skatteflykt, vilket har kritiserats i doktrinen.

Motivet för förvärvslåneförbudet är istället att skydda borgenärskollektivet, det finns inget skatterättsligt behov av skydd i dessa situationer. Framförallt är syftet att förhindra att fysiska eller juridiska personer utan egen finansieringsförmåga skall kunna förvärva ett bolag med hjälp av det förvärvade bolagets resurser. Kringgåenden kan dock ske, främst genom så kallad efterföljande finansiering då undantaget för koncernlån utnyttjas.

Legalitetsprincipen är viktig vid tolkning av låneförbudsreglerna, eftersom ett brott mot dem kan leda till straffansvar. De gamla sentenserna ”inget brott utan stöd av lag” respektive ”inget straff utan stöd av lag” genomsyrar tillämpningen av förbudsreglerna. Det betyder främst att låneförbudsreglerna skall ges en restriktiv tolkning och inga analogier får göras då det är strikt bokstavstolkning som skall gälla. I doktrin har det emellertid accepterats en extensiv tolkning i uppenbara kringgåendeförsök. Exempel på detta är om förvärvet förutsätter att ett lån ges av det förvärvade bolaget, och en överenskommelse om detta gjorts före förvärvet, skulle ett förvärvssyfte kunna påvisas. På grund av legalitetsprincipen och dess restriktiva tillämpning finns det också stora möjligheter till att kringgå förbuden, genom att det endast är lån från aktiebolag som innefattas i lagstiftningen. Genom att bilda andra associationsformer skulle ett kringgående vara möjligt, exempelvis genom ett handelsbolag. Viktigt blir då att det finns tydliga gränser mellan bolagen så att inte de ses som en enhet eller att bulvanskap föreligger.

Förutom låneförbuden skall kapitalskyddsreglerna i ABL 17 kap. tillämpas. Hänsyn skall då tas till

bolagets bundna kapital och huruvida värdeöverföringen är tillåten eller en så kallad förtäckt utdelning. Typfallet av förtäckt utdelning till aktieägare är penninglån, om dennes ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan göras. Även minoritetsskyddsreglerna skall naturligtvis tillämpas parallellt med övrig lagstiftning. I försök till kringgående av låneförbud kan dessa regler tyckas vara otillräckliga, då det fortfarande är möjligt för en förvärvare utan egen finansieringsförmåga att uppta lån via efterföljande finansiering, vilket riskerar att skyddet för bolagets kapital minskar.

Innehållsförteckning

1	Introduktion.....	7
1.1	Syfte / Problemformulering	7
1.2	Avgränsning.....	7
1.3	Metod och material	7
2	Historisk bakgrund till låneförbudet.....	9
2.1	Nordisk rätt.....	10
2.2	Legalitetsprincipen.....	11
3	Låneförbuds- och kapitalskyddsreglerna.....	13
3.1	Kapitalskyddsreglerna.....	14
3.1.1	ABL 17 kap.....	14
3.1.1.1	Marknadsvärdering.....	15
3.1.1.2	Saknad betalningsförmåga.....	16
3.1.1.3	Affärsmässig karaktär.....	16
3.1.1.4	Beloppsspärren och försiktighetsregeln.....	17
3.1.2	Samtycke från samtliga aktieägare.....	17
3.1.3	In dubio principen.....	18
3.1.4	Rättsverkan av en olaglig värdeövering.....	18
3.1.4.1	Bristtäckningsansvar.....	19
3.1.4.2	Skadeståndsansvar.....	20
3.2	Det generella låneförbudet.....	20
3.2.1	Den förbjudna kretsen.....	20
3.2.1.1	Koncerner.....	21
3.2.1.2	Bestämmande inflytande.....	21
3.2.1.3	Lån före någon tillhör den förbjudna kretsen.....	21
3.2.2	Penninglån.....	22
3.2.3	Bulvaner.....	23
3.2.4	Undantag från det generella låneförbudet.....	23
3.2.4.1	Kommunlån.....	24
3.2.4.2	Koncernlån.....	24
3.2.4.3	Kommersiella lån.....	26
3.2.4.4	Småaktieägarlån.....	27
3.2.5	Dispens.....	28
3.2.6	Rättsverkan av brott mot det generella låneförbudet.....	28
3.2.6.1	Straffansvar.....	28
3.2.6.2	Medverkansansvar.....	29
3.3	Förvärvslåneförbudet.....	29
3.3.1	Efterföljande finansiering.....	30
3.3.1.1	Seriös kreditgivning och reell kreditrisk.....	31
3.3.1.2	Överenskommelse före förvärvet.....	32
3.3.2	Dold vinstutdelning	33
3.3.3	Tidpunkten för lånet som utgångspunkt.....	33
3.3.4	Undantag till förvärvslåneförbudet.....	34
3.3.5	Dispens.....	34
3.3.6	Rättsverkan av brott mot förvärvslåneförbudet.....	35
3.4	Generalklausuler etc.....	35
3.5	Ställande av säkerhet – Tredjemanspant.....	36
3.5.1	Koncerner.....	37
3.5.2	Sveton-målet.....	37

3.5.3 Giltigheten.....	38
3.6 Gåldenårsbyte eller borgenårsbyte.....	38
4 Kringgående av låneförbudsreglerna via annan bolagsform.....	39
4.1 Aktieågare överlåter aktier till handelsbolag.....	39
4.2 Två aktiebolag bildar handelsbolag eller kommanditbolag.....	40
4.3 Handelsbolag som moderbolag.....	41
5 Åndring av det andra bolagsdirektivet.....	42
6 Konklusion.....	44
Kållförteckning	46
Bilaga 1.....	49
Utdrag ur den danska aktiebolagslagen:.....	49
Bilaga 2.....	50
Utdrag ur den norska aktiebolagslagen:.....	50

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
BrB	Brottsbalken
DASL	Dansk aktieselskabslov
HBL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
HD	Högsta Domstolen
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
NAASL	Norsk allmennaksjeselskapslov
Prop.	Proposition
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

1 Introduktion

Ända sedan låneförbuden i ABL kom till har dessa diskuterats flitigt i doktrinen. Det var före reglernas tillkomst vanligt att aktieägare lånade medel av bolaget, som i stort betydde att aktiebolagets kreditvärdighet var densamma som aktieägarens. Syftet med aktiebolagsformen är att aktieägare har en frihet från personligt ansvar, vilket då inte skulle vara fallet, dessutom är meningen att aktiebolaget ensamt skall ha ett eget kapital för att skydda borgenärerna. Borgenärsskyddet skulle öka med en låneförbudslagstiftning, men även försök av aktieägare att undandra sig skatt skulle stävjas genom ett absolut låneförbud.

1.1 Syfte / Problemformulering

Syftet med uppsatsen är att analysera låneförbudsreglerna i ABL. Jag koncentrerar mig framförallt på att diskutera vilket syfte låneförbudet har. Vidare behandlar jag relationen mellan kapitalskyddsreglerna i aktiebolagslagen och låneförbudet. Dessutom diskuterar jag vilka sanktioner som är förenade med en överträdelse av förbudet.

1.2 Avgränsning

Eftersom uppsatsens syfte är att undersöka låneförbudsreglerna och om det är möjligt att kringå dessa i nya ABL ter sig en snäv och konsis avgränsning relevant för att besvara syftet och problemformuleringarna. I en vidare avgränsning finns det annars en risk att syftesformuleringen ändras och problemformuleringarna resulterar i en annan slutsats. Fokus kommer därmed att läggas på Aktiebolagslagens låneförbudsregler, rättsfall och tillhörande adekvat litteratur, däribland doktrin och förarbeten. Jag kommer att utgå från ett bolagsrättsligt perspektiv och lämna större delen av den skatterättsliga diskussionen därhän.

1.3 Metod och material

Jag har använt mig av traditionell juridisk metod, innefattande granskning av lagstiftning,

förarbeten, rättsfall samt doktrin. Eftersom låneförbudet är en straffsanktionerad regel skall den tolkas restriktivt.

2 Historisk bakgrund till låneförbudet

Bolagets ledning ges i allmänhet en stor frihet att utforma affärsidé och att ta affärsbeslut.

Penninglån till organledamöter och aktieägare har därför varit beslut som vanligen inte har kunnat angripas med hjälp av ABL.¹ Det var först år 1973 som en reglering infördes i ABL 1944.

Huvudsyftet med detta var fiskalt.² Tidigare fanns alltså inget låneförbud, aktieägare kunde därmed låna pengar av aktiebolaget man ägde. Det enda förbehållet var att låntagaren var tvungen att vara betalningsduktig för att det inte skulle vara fråga om en förtäckt vinstutdelning som i sin tur ledde till straffansvar om den var olovlig.³

Det finns flera syften med låneförbudsreglerna i ABL. Aktiebolagens kreditvärdighet skulle äventyras om ägaren eller ägarna fick låna av detta. I det fall ägaren lånar tillbaka vad denne har tillskjutit för att kunna starta ett aktiebolag, vore kreditunderlaget därefter detsamma som dennes personliga solvens. På så vis förlorar man den avgränsning mellan bolaget och personligt ansvar som finns i aktiebolagsformen, lagstiftaren hänvisar istället till andra bolagsformer med personlig ansvarighet då ägare vill låna av sitt bolag.⁴ Något som bidrog till denna syn var ett antal aktieförvärv som finansierats genom upplåning från det uppköpta bolaget, vilka i sin tur resulterade i företagskonkurser.⁵ Ett argument för låne- och säkerhetsförbuden är även att det finns en risk för att en kreditvärdighetsprövning vid lån till aktieägare och andra närstående till bolaget inte görs lika noggrant som en prövning för utomstående.⁶ Borgenärskollektivet skyddas på så sätt att det skall finnas en garanti för att bolaget alltid skall ha visst kapital kvar.

Ett andra syfte med lagstiftningen är att hindra skatteflyktstransaktioner. Lån till aktieägare eller personer i bolagsledningen har ofta givits i sådant syfte, vilket har lett till ett mer omfattande låneförbud.⁷ Eftersom lån inte beskattas, kunde man låna pengar av sitt aktiebolag istället för att få en aktieutdelning, vilken skulle beskattas i inkomstlaget kapital med en skattesats på 30 %⁸. I fåmansbolag kunde aktieägare skjuta upp beskattningen genom att ta ut medel ur bolaget för privat bruk, och man införde låne- och säkerhetsförbud med en möjlighet för skattemyndigheten att

1 Sandström, s. 315.

2 Lindskog, s. 151. Lindskog anser dock att det måste anses principiellt felaktigt att genom associationsrättslig reglering försöka förhindra olämplig skatteplanering, s 153.

3 Lindskog, s. 151.

4 Skog, s. 113. Dock anser Lindskog att detta resonemang inte är övertygande, utan att borgenärsintresset måste vara avgörande och varifrån utgångspunkten skall tas, Lindskog, s 152.

5 Sandström, s. 316 fotnot.

6 Lindskog, s. 153f.

7 Skog, s. 113.

8 Gällande skattesats 2007, 65 kap. 7 § IL.

meddela dispens.

Enligt EG:s andra bolagsdirektiv⁹, det så kallade kapitaldirektivet, måste dessutom Sverige ha ett förvärvslåneförbud. Det övergripande syftet med detta direktiv är att ställa upp villkor som skall vara uppfyllda för att säkerställa borgenärsskyddet genom att se till att ett bolags kapital bevaras, samt skyddet för minoritetsaktieägare. Direktivet skall tillämpas på publika aktiebolag i de medlemsstater som delar upp aktiebolag i privata och publika.¹⁰ Förbudet stadgas i artikel 23 och lyder:

*”Ett bolag får inte ge förskott, lämna lån eller ställa säkerhet i syfte att tredje man skall förvärva aktier i bolaget.”*¹¹

Detta bolagsdirektiv antogs 1976 och är tillämpligt på bland annat svenska publika aktiebolag. Dessa har därmed helt förbjudits att underlätta för uppköpande part med hjälp av exempelvis lån. Ett aktiebolag som skall säljas torde få fler intressenter om bolaget kunde bistå med finansiering. Direktivets regel skiljer sig mot den svenska motsvarigheten på en punkt. ABL stadgar förbjuder endast penninglån, medan artikel 23 omfattar alla lån. Eftersom legalitetsprincipen (se nedan) gäller då låneförbudet medför straffansvar, kan man emellertid inte tolka in alla typer av lån.¹² Syftet bakom förvärvslåneförbudet är att förhindra en urholkning av bolagets kapital. Innan förvärvslåneförbudet infördes i Sverige förekom det ofta att förvärvaren av ett aktiebolag lånade pengar i målbolaget för att kunna köpa detta.¹³ Suecia-målet, NJA 1951 s. 6 I, anges av många som startpunkten för förvärvslåneförbudet, detta mål berörs senare i denna studie.

2.1 Nordisk rätt

När det gäller lån till aktieägare med flera har Norge och Finland mindre sträng reglering än Danmark, Island och Sverige.¹⁴ Den förbjudna kretsen i Danmark innefattar samma personer som i svensk rätt inklusive personer i moderbolag, men inte så omfattande att hela koncernens krets

9 Rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga.

10 Promemoria, s. 5.

11 Denna punkt tillämpas enligt den andra punkten ”inte på åtgärder som utgör led i en banks eller något annat finansinstituts löpande verksamhet eller som vidtas i syfte att aktier skall förvärfas av eller till förmån för de anställda i bolaget eller ett detta närstående bolag. Sådana åtgärder får dock inte leda till att nettotillgångarna understiger det belopp som anges i artikel 15.1 a”.

12 Johansson, s. 88.

13 Andersson, Johansson och Skog, s. 12:52.

14 Lau Hansen, s. 215.

omfattas.¹⁵ Förbudet omfattar inte lån som ges till anställda men det förutsätter att det är fritt disponibla tillgångar som tas i anspråk.¹⁶ I Norge är det däremot fritt fram att låna ut och ställa säkerhet för lån till aktieägare, personer i bolagsledningen och deras närstående, så länge som lämplig säkerhet ställs samt att det handlar om fritt disponibla tillgångar.¹⁷ Även om det inte finns några fritt disponibla tillgångar är det helt tillåtet att låna ut till anställda i Norge, så länge sedvanliga lånevillkor tillämpas.¹⁸ Vanlig utlåning är alltid tillåten förutsatt att långivaren är en offentlig myndighet eller ett publikt bolag inom samma koncern.¹⁹ När det gäller lån till koncernbolag, tillåts i Danmark endast fria lån till moderbolag, medan övriga nordiska länder har ett generellt koncernundantag.²⁰

Om bolaget beviljar ett lån som strider mot lagen, gäller återbäringsskyldighet i Danmark och Norge. Ränta skall erläggas på det återbäringsskyldiga beloppet.²¹ Den eller de som medverkat till beslutet om lånet har ett solidariskt ansvar för att lånet återbetalas.²² Vad det gäller ställd säkerhet gäller såsom i Sverige att säkerheten blir ogiltig om inte mottagaren agerat i god tro.²³

2.2 Legalitetsprincipen

Åsidosättande av ABL 21 kap. 1, 3, 5 och 10 §§ kan var och en leda till böter eller fängelse högst ett år enligt ABL 30 kap. 1 §. Eftersom det här är fråga om ett straffansvar, gäller därför att en restriktiv tolkning då legalitetsprincipen gäller. Grundsatsen *nullum crimen sine lege* (inget brott utan stöd av lag) och *nulla poena sine lege* (inget straff utan stöd av lag) återfinnes i RF 2 kap. 10 § st. 1 och RF 8 kap. 3 § samt i BrB 1 kap. 1 §. Denna princip förbjuder dels analog strafflagtillämpning, dels retroaktiv strafflagstiftning som jag inte tänker kommentera något ytterligare.

15 DASL § 115(1)

16 DASL § 115a(2)

17 NAASL § 2-7(1), § 8-7(1) och § 8-9(1)

18 Lau Hansen, s. 217.

19 NAASL § 8-7(3)(1)

20 Lau Hansen, s. 217.

21 DASL § 115a(4) och NAASL § 8-11(1)

22 DASL § 115a(5) och NAASL § 8-11(2)

23 DASL § 115(3) och NAASL § 8-11(1)

Förbudet mot analog strafflagtillämpning innebär att straffstadgandets ordalydelse utgör den gräns man måste hålla sig inom för att straffbestämmelsen skall vara tillämplig. Det är alltså en strikt bokstavstolkning som gäller och det spelar ingen roll om man kan finna stöd för en tolkning utanför ordalydelsen i doktrin eller förarbeten.²⁴ Legalitetsprincipen gör att medborgarna vet vad som är brottsligt och den tjänar därför som en garanti för rättssäkerheten. På grund av att det är strikt bokstavstolkning som gäller, kan man alltså komma runt lagstiftningen genom att använda sig av ett tillvägagångssätt som inte finns upptaget i själva stadgandet. Vad som omfattas av låneförbudsreglerna blir därför essentiellt för att veta hur långt man kan gå när det gäller aktiebolagsrättsliga transaktioner. Eftersom det är fråga om restriktiv tolkning anser Johansson att betalningsansånd eller tilläggsköpeskillingar inte ens skall behandlas. Låneförbudets gränser har emellertid blivit tämligen flexibla i praxis att det är omöjligt att veta var dessa går någonstans.²⁵

24 Leijonhufvud och Wennberg, s 22f.

25 Johansson, s. 87.

3 Låneförbuds- och kapitalskyddsreglerna

Det finns flera typer av låneförbud i ABL, för det första det generella låneförbudet i ABL 21 kap. 1 §. Detta stadgande förbjuder aktiebolag att lämna penninglån till dess eller koncernbolags aktieägare, person i bolagsledningen eller någon närstående till dessa. Förbudet täcker även penninglån till juridiska personer vilka någon i den så kallade förbjudna kretsen har ett bestämmande inflytande. Enligt ABL 21 kap. 3 § gäller motsvarande förbud även ställande av säkerhet för penninglån. För det andra finns förvärvslåneförbudet, vilket förbjuder lån, ställande av säkerhet eller givande av förskott med syfte att förvärva aktier i det långivande bolaget eller överordnat bolag i samma koncern. Detta låneförbud finns i ABL 21 kap. 5 § och omfattar samma personkrets som omnämns i ABL 21 kap. 1 §. Förvärvslåneförbudet brukar även kallas det särskilda låneförbudet.

Om ett aktiebolag inte har följt bestämmelserna i ABL 21 kap. inträder en återbäringsskyldighet som återfinns i samma kapitel 11 §. Brott mot låneförbuden är straffbart enligt ABL 30 kap. 1 § st. 1 p. 4. Även om det är straffbart medför det inte automatiskt ogiltighet. Detta fastställdes i NJA 1992 s. 717, som gjorde ett förarbetsuttalande till en huvudregel. Dock fann man även att det finns fall där den lagstridiga handlingen företagits under sådana förhållanden, att något åberopande av rättshandlingen inte får göras av den som njuter fördel härav. Som exempel på detta är då någon har medverkat till låneförbudsöverträdelsen till sin egen förmån då denne haft ett bestämmande inflytande över ett bolag.²⁶ Lindskog anser att tröskeln för ogiltighet möjligen bör sättas lägre vid icke fullgjorda avtal än vid fullgjorda.²⁷ I ett senare rättsfall, NJA 1999 s. 426, bekräftades huvudregeln om giltighet jämte reservation som HD kom fram till 1992.

Den brottsliga handlingen begås i det ögonblick utbetalningen sker respektive säkerheten ställs. Det kan emellertid uppstå tveksamheter om exakt vid vilken tidpunkt ett lån har lämnats. Lånebeloppet skall dock ställas till låntagarens förfogande, exempelvis genom att det på låntagarens konto sker en kreditering. Nerep är av den åsikten att det straffrättsliga ansvaret aktualiseras först då själva verkställandet av utbetalningen sker.²⁸ Denna så kallade kritiska tidpunkt skall enligt Lindskog

26 NJA 1992 s. 717, s. 727.

27 Lindskog, s. 180.

28 Nerep, s. 291f.

istället inträffa vid ett juridiskt bindande avtals ingående.

Återbetalning av lånet skall ske enligt vanliga låneregler. Om någon utfäst sig att lämna ett lån eller ställa en säkerhet i strid mot låneförbudet, kan denne inte tvingas infria utfästelsen.²⁹

Förutom det generella låneförbudet och förvärvslåneförbudet, finns i svensk rätt ytterligare ett förbud som är oberoende av de två övriga. Kapitalskyddsreglerna i ABL 17 kap. förbjuder lån som ses som en vederlagsfri utbetalning, inkräktar på bolagets bundna kapital och överträder försiktighetsregeln. Dessa regler kan tillämpas vid sidan av låneförbudsreglerna i ABL 21 kap.

3.1 Kapitalskyddsreglerna

Låneförbudsreglerna har ett antal undantag vilka gör att ett kringgående av exempelvis förvärvslåneförbudet kan göras. Efterföljande finansiering är ett sådant försök till kringgående. Kapitalskyddsreglerna spelar en viktig roll vid tillfällena då undantag tillämpas, eftersom undantagen inte tar hänsyn till borgenärsskyddet. Även om syftet med flera av dem inte är att skada borgenärer, är det ändå ganska klart att låneförbuden tillkommit till stor del på grund av att skatteflykt skall minimeras. För att låneförbudsreglerna då inte skall bli helt tandlösa, finns kapitalskyddsreglerna. Dessa är att ta hänsyn till i varje situation av långivning eller säkerställande. Jag anser det vara av vikt att utveckla kapitalskyddsreglerna mer ingående.

3.1.1 ABL 17 kap

Kapitalskyddsreglerna i nu aktuellt avseende finns i 17 kapitlet i ABL. Reglerna innebär att en värdeöverföring av bolagets kapital endast får ske efter iakttagande av dels den så kallade beloppsspärren och dels den så kallade försiktighetsregeln. En laglighetsprövning enligt ABL måste göras om ett aktiebolag vill genomföra en värdeöverföring till aktieägare eller andra. Med värdeöverföring avses bland annat alla affärshändelser som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget. Begreppet värdeöverföring förklaras i

²⁹ Johansson, s. 87.

ABL 17 kap. 1 §, där det finns fyra former av värdeöverföringar.

1. vinstutdelning
2. förvärv av egna aktier, dock inte förvärv enligt 19 kap. 5 §,
3. minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, och
4. annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.

De tillåtna formerna återfinns i ABL 17 kap. 2 § vilka endast får företas enligt bestämmelserna i ABL om vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, och gåva som avses i 5 §.

Värdeöverföringsförbudet ger vid handen att om en värdeöverföring sker, skall man tillämpa reglerna om de olika slagen av värdeöverföringar. Detta förbud skall tolkas så att reglerna i ABL om vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden med återbetalning till aktieägarna eller gåva enligt ABL 17 kap. 5 §, inte kan tillämpas på någon annan grund än att en aktiebolagsrättslig värdeöverföring föreligger. Analogislut är inte tillåtna om inte hela eller delar av handlingen kan anses vara en värdeöverföring i ABL:s mening.³⁰

3.1.1.1 Marknadsvärdering

För att undersöka om det är fråga om en förmögenhetsminskning i ett specifikt fall torde en marknadsvärdering av parternas respektive prestationer ske. Vilka effekter transaktionen fått på bolagets redovisning har då ingen avgörande betydelse. Som exempel kan nämnas att bolaget avhänder sig egendom till bokfört värde vilket understiger marknadspriset.³¹ Frågan när ett lån från ett aktiebolag kan anses strida mot kapitalskyddsreglerna har behandlats i praxis och har framförallt berört penninglån.³² Om den fysiska eller juridiska personen inte kan anses återbetalningsduglig, och om lånet inkräktar på det bundna kapitalet, anses ett lån till denna person vara en olovlig värdeöverföring.

30 Andersson, s. 34.

31 Andersson, s.54.

32 Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 441f.

3.1.1.2 Saknad betalningsförmåga

Vad gäller pant eller säkerhet som ställs för annans gäld, så kallad tredjemanspant, torde av rättspraxis följa att en sådan av bolaget ställd säkerhet skall anses som en värdeöverföring om regressfordringsgäldenären vid tidpunkten för säkerställandet saknar betalningsförmåga och konflikt med kapitalskyddsreglerna uppstår därför. Den relevanta tidpunkten för bedömningen av regressfordringsgäldenärens betalningsförmåga är som sagt tidpunkten för säkerhetens ställande. Regressfordringsgäldenären får anses sakna betalningsförmåga om återbetalning av det lånade beloppet framstår som osäker på grund av dennes insolvens samt att långgivaren insåg eller bort inse att så var fallet. Om en aktieägare på grund av någon av de undantag som finns skall låna av bolaget uppkommer frågor vid bedömningen av låntagarens betalningsduglighet. Man kan fråga sig om denne får räkna in värdet på de aktier som denne har i det långgivande bolaget. RegR kom 1998 fram till att värdet av aktierna inte skulle räknas in vid bedömningen av en låntagares betalningsförmåga. Rätten flaggade dock för att det kan finnas situationer då värdet på aktierna ändå skall räknas in, vilket följaktligen innebär att rättsläget är tämligen oklart.³³

3.1.1.3 Affärsmässig karaktär

Frågan om värdeminskningens affärsmässiga karaktär skall avgöras främst med hänsyn till utåt iakttagbara omständigheter kring händelsen. Diskrepansen mellan parternas prestationer har betydelse men det är tillåtet att göra dåliga affärer och därför är det inte fråga om en värdeöverföring om bara syftet med affärshändelsen varit att generera vinst. I koncernförhållanden är det inte ovanligt med transaktioner av ett koncernbolag till förmån för ett annat koncernbolag. Då skall vid bedömningen om affärshändelsen är rent affärsmässig tas hänsyn inte till koncernen i sin helhet utan till affärsmässigheten utifrån transfererande bolags perspektiv. Av stor betydelse är också om affärshändelsen är förenlig med den verksamhet som bolaget normalt bedriver. Utför den ett normalt led i verksamheten? I så fall är den normalt att anse som rent affärsmässig och vice versa. Vid denna bedömning kan vägas in transaktionens rättsliga karaktär och mottagarens relation till bolaget.

33 RÅ 1998 ref 9.

3.1.1.4 Beloppsspärren och försiktighetsregeln

Som en extra försiktighetsåtgärd finns i ABL 17 kap. 3 § en regel som tar hänsyn till bolagets bundna egna kapital samt den så kallade försiktighetsregeln. Beloppsspärren innebär att värdeöverföring inte får överskrida bolagets fria kapital enligt senast fastställda balansräkning. Det skall enligt det första stycket finnas full täckning för bolagets bundna egna kapital efter en värdeöverföring. Den senast fastställda balansräkningen ligger till grund för denna beräkning. Med bundet eget kapital avses aktiekapital, reservfond och uppskrivningsfond enligt ÅRL 5 kap. 14 §. Om det bundna kapitalet uppvisar ett negativt värde redan före värdeöverföringen, finns ingen möjlighet till en laglig värdeöverföring.³⁴ Även om det skulle finnas full täckning för bolagets bundna egna kapital, finns det emellertid ännu ett skydd. I det andra stycket stadgas att värdeöverföringen måste framstå som försvarlig med hänsyn till

1. de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet, och
2. bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.

Det tredje stycket inriktar sig på koncerner, där hänsyn skall tas även till de krav som koncernverksamhetens art, omfattning och risker ställer på koncernens egna kapital samt till koncernens konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Försiktighetsregeln fungerar som ett komplement till beloppsspärren med dess princip om skyddet för det bundna egna kapitalet, och tjänar ett borgenärsskyddande syfte.³⁵ Regeln syftar till att säkerställa att ett bolags ekonomiska ställning skall vara betryggande för bolagets borgenärer även efter en värdeöverföring.³⁶

3.1.2 Samtycke från samtliga aktieägare

Regler som är till för aktieägarnas skydd, och endast för dessa, får med samtliga ägares samtycke frångås. Denna princip är en allmän aktiebolagsrättslig princip vilket innebär att trots att en värdeöverföring har genomförts i annan form än vad lagen anger, kan den vara giltig med samtycke från samtliga aktieägare. Denna fråga bearbetades i propositionen, och man beslutade att inte föra in denna princip i lagtexten utan ansåg den vara allmänt gällande.³⁷ Slutligen bör i sammanhanget erinras om att ovan nämnda regler inte gäller om majoritetsaktieägarna vidtagit åtgärder med

34 Andersson, s. 66.

35 Andersson, s. 72.

36 Prop. 2004/05:85 s. 382.

37 Prop. 2004/05:85 s. 373. Jan Andersson har dock ställt sig frågande till detta ställningstagande, s. 34.

bolagets medel i strid mot ABL:s minoritetsskyddsregler. Dessa regler gäller parallellt med låneförbudsreglerna och kapitalskyddsreglerna. Ett lån som det har givits dispens för måste alltså kontrolleras så att det inte strider mot minoritetsskyddsreglerna eller kapitalskyddsreglerna. Att dispensbeslutet bör ges tillsammans med villkoret att aktieägarna skall godkänna dispositionen anser Lindskog på grund av att dispensituationer i regel åsidosätter minoritetsskyddsregler.³⁸ Om inget sådant villkor har givits, kan däremot minoritetsaktieägarna i dessa fall väcka talan. En sådan kan väckas om majoritetsbeslutet skall stå i strid med till exempel bolagets vinstsyfte, föremålet för bolagets verksamhet eller likhetsprincipen. Återbäring kan då eventuellt bli aktuell om mottagaren varit i ond tro. Vidare kan frågan om skadestånd aktualiseras.

3.1.3 In dubio principen

In dubio principen är en annan princip som inte heller den är utskrivet i lagtexten, men som aktualiseras vid värdeöverföringar. Denna princip innebär att borgenärsskyddsregler i ABL 17:e kapitlet samt 18:e kapitlet i analogi skall tillämpas om värdeöverföringen inte med ens kan sammankopplas med någon av formerna för värdeöverföring. Denna princip har enligt Andersson ingen betydelse när det gäller förvärv av egna aktier.³⁹

3.1.4 Rättsverkan av en olaglig värdeövering

Om en värdeöverföring sker i strid med dessa bestämmelser kan mottagaren åläggas att återbära det belopp som överskrider den tillåtna värdeöverföringen såvida denne inte varit i god tro beträffande värdeöverföringens tillåtlighet. Att notera här är skillnaden mot brott mot låneförbuden, där återbäringsskyldighet inträder oberoende av låntagarens goda eller onda tro.⁴⁰ Eftersom reglerna har till ändamål att skydda bolagets borgenärer gäller detta oavsett om samtliga aktieägare ställt sig bakom beslutet. Om en olaglig värdeöverföring har genomförts är rättsföljden, enligt ABL 17 kap. 6 §, återbäringsskyldighet för mottagaren. Om bolaget visar att mottagaren insåg eller bort inse att värdeöverföringen var olaglig. Detta gäller för vinstutdelning, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, ABL 17 kap. 1 § 1 och 3 p, eller gåva som

38 Lindskog, s 187.

39 Andersson, s. 35f.

40 Andersson, s. 190f.

avses i ABL 17 kap. 5 §. När det gäller annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget, ABL 17 kap. 1 § 4 p, följer återbäringskyldighet för mottagaren om bolaget visar att denne insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget.

3.1.4.1 Bristtäckningsansvar

De personer som medverkat till beslutet om värdeöverföringen har ett bristtäckningsansvar enligt ABL 17 kap. 7 § för det fall mottagaren inte kan återbära beloppet. Detta ansvar betraktas som ett strängt ersättningsansvar och har som funktion att garantera att ABL:s regler om utbetalningar till aktieägare efterlevs.⁴¹ För att bristtäckningsansvaret skall aktualiseras krävs för det första att någon är återbetalningsskyldig och att denna skyldighet inte har fullgjorts så att en brist har uppkommit. För det andra måste denna person medverkat till överträdelse av kapitalskyddsreglerna, se 3.1.4.2. När det gäller styrelsesuppleant, och vice VD blir de ersättningskyldiga i den mån de deltagit i stället för ordinarie ledamöter eller eljest fungerat som sådana.

Bristtäckningsansvar kan bli aktuellt då en aktieägare som är återbetalningsskyldig är insolvent samt då aktieägaren varit i god tro om utbetalningen. Om aktieägaren håller sig undan och inte betalar kan även då det bli aktuellt med bristtäckningsansvar. Om aktieägaren varit i ond tro om den olagliga utbetalningen har den bristtäckningsansvarige regressmöjlighet gentemot denne. Är det omöjligt att identifiera någon återbäringskyldig, skulle heller inte något bristtäckningsansvar träda in, Andersson anser dock att ansvar inte bör undgås av det skälet.⁴² Skulle det vara så att det handlar om annan egendom än kontanter, gäller det att använda sig av marknadsvärdet på egendomen för att uppskatta bristtäckningsskyldigheten.⁴³ Uppsåt eller grov oaktsamhet krävs enligt andra stycket för ansvar i fråga om aktieägare och annan, medan uppsåt eller oaktsamhet räcker för styrelseledamot, VD, revisor, lekmannarevisor och särskild granskare.

41 Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 709.

42 Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 710ff.

43 Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 729.

3.1.4.2 Skadeståndsansvar

Slutligen kan det bli aktuellt med skadeståndsansvar enligt ABL 29 kap. för den eller de som medverkat till överträdelse av kapitalskyddsreglerna. Graden av uppsåt som krävs för respektive person redogör jag för under låneförbudsavsnittet.

3.2 Det generella låneförbudet

3.2.1 Den förbjudna kretsen

Borgenärsskyddet samt behovet att skydda aktiebolagets kapital är argument för ett generellt låneförbud. Borgenärer riskerar att lida skada vid lån till exempelvis aktieägare, då det jämfört med annan låntagare inte görs någon genomgående kreditprövning. Vid lån till exempelvis bolagsledning som godkänts av aktieägarmajoriteten riskerar istället aktieägarminoriteten att lida skada. Det är förbjudet att lämna penninglån eller ställa säkerhet för penninglån till den så kallade förbjudna kretsen. Denna krets innefattar tre olika persongrupper; aktieägare, styrelseledamot och VD, samt revisor⁴⁴. Personer som är närstående omfattas också av låneförbudet.⁴⁵ I begreppet VD ingår vice VD enligt ABL 8 kap. 3 § och styrelseledamot inbegriper även styrelsesuppleant enligt ABL 8 kap. 28 §.⁴⁶ Eftersom det är strikt bokstavstolkning som gäller kan det möjligen ifrågasättas huruvida detta går ihop med legalitetsprincipen, men doktrinen verkar vara införstådd i att även dessa persongrupper ingår.⁴⁷ När det gäller lån till personer som de facto intar en sådan ledande ställning utan att formellt ingå i styrelsen skall rättstillämpningen avgöra huruvida bestämmelserna blir tillämpliga.⁴⁸ Enligt Nerep torde dessa kunna träffas av låneförbudet, de som främst avses synes vara koncernchefer, adjungerade styrelseledamöter, samt personer som använder sig av bulvaner för att styra aktiebolag.⁴⁹

44 ABL 9 kap. 17 § 1 st. 7 p.

45 Närståendebegreppet innefattar make, far, mor, farfar, farmor, morfar, mormor, barn, barnbarn, styvfar, styvmor, fars eller mors styvfar eller styvmor, barns make, barnbarns make, makes far och mor, makes farföräldrar och morföräldrar, makes barn, makes barnbarn, syskon, makes syskon samt syskons make. Äktenskapsförhållanden likställs här med samboförhållanden.

46 Prop. 1973:93 s. 95.

47 Exempelvis Skog, s. 115 och Lindskog, s. 162, som dock även ifrågasätter detta.

48 Prop. 2004/05:85 s. 802.

49 Nerep, s. 280.

3.2.1.1 Koncerner

Låneförbudet gäller även gentemot samma personkrets i annat bolag i samma koncern, vilket innebär att ett moderbolag inte får bevilja penninglån till dotterbolags styrelseledamot, VD eller minoritetsaktieägare. Bolag i en överordnad koncern ingår i detta begrepp, såsom moderbolag eller annat dotterbolag till moderbolaget. Ett dotterbolag får således inte bevilja penninglån till aktieägare, styrelseledamot eller VD i moderbolaget. Om en annan juridisk person än ett svenskt aktiebolag är moderbolag, föreligger ingen koncern i ABL:s mening. Bolaget får därmed bevilja penninglån till ägare, styrelseledamot eller VD i den juridiska personen, men inte till den juridiska personen som sådan, då denna ju är aktieägare i bolaget.⁵⁰ Beviljande av penninglån förutsätter självfallet att nämnda personer inte heller är aktieägare i det långivande bolaget.

3.2.1.2 Bestämmande inflytande

Om en person omfattas av låneförbudet, gäller det också den eller de juridiska personer som denna person har ett bestämmande inflytande över.⁵¹ Huruvida ett bestämmande inflytande kan tänkas föreligga är kriteriet enligt departementschefen, att denna person kan påverka formerna för den juridiska personens finansiering på ett avgörande sätt.⁵² När förhållandena är sådana som sägs i ABL 1 kap. 11 § första och andra styckena, torde ett bestämmande inflytande vanligen föreligga, men även andra förhållanden kan resultera i ett bestämmande inflytande. Det vanligaste exemplet på detta är så kallade oäkta koncerner, exempelvis då en fysisk person har två fristående aktiebolag som denne innehar aktiemajoriteten i.⁵³ Ett aktiebolag får inte bevilja ett penninglån till ett bolag som ägs av det långivande bolagets styrelseledamöter eller VD. Samma sak gäller för företag som ägs av aktieägare i bolaget eller om denna ensam eller tillsammans med annan i den förbjudna kretsen kan utöva ett bestämmande inflytande i bolaget.⁵⁴

3.2.1.3 Lån före någon tillhör den förbjudna kretsen

Lånet blir förbjudet om låntagaren vid tidpunkten för försträckningsavtalet tillhör den förbjudna

50 Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:4.

51 Skog, s. 114.

52 Prop. 1975:103 s. 492.

53 Posselius m.fl., s. 56

54 Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:4.

kretsen. Skulle låntagaren därefter ingå i den förbjudna kretsen innebär det inte att lånet träffas av låneförbudet. Ett val av styrelseledamot eller VD får enligt ABL 8 kap. 13 § 1 st. respektive 33 § verkan först då anmälan om registreringen kommer in till Bolagsverket, eller om beslutet anger en senare tidpunkt i så fall denna. Som jag nämnde ovan när det gäller personer som de facto intar en sådan ställning skulle uppenbara försök att söka kringgå närståendeförbudet, genom att exempelvis ta upp ett lån dagen innan man väljs in i styrelsen, enligt vissa träffas av förbudet. Det lämnas till rättstillämpningen att avgöra sådana frågor. Återigen gör sig legalitetsprincipen påmind och gör detta inte till någon självklarhet.⁵⁵ Skulle däremot det vara så att låntagaren tillhör den förbjudna kretsen vid tidpunkten för lånet eller ställandet av säkerhet, men *därefter* faller ur kretsen uppstår frågan om det ogiltiga lånet då blir giltigt och så att säga läkt. Det ogiltiga avtalet kan endast läkas genom att bolaget har agerat på så vis att det kan anses ha skett en ratihabering eller genom att ett nytt avtal ingås.⁵⁶

På grund av lagtextens utformning när det gäller den förbjudna kretsen, föreligger en risk för skentransaktioner för att undvika det generella låneförbudet. Ett samboförhållande kan upplösas temporärt och en aktieägare kan avhända sig sina aktier för en kort stund. Sådana försök till kringgåenden torde endast kunna hindras då det kan bevisas att bolaget insåg eller borde insett det egentliga syftet med åtgärden.⁵⁷

3.2.2 Penninglån

Det är endast penninglån som omfattas av det generella låneförbudet.⁵⁸ Det krävs att återbetalningsskyldighet för mottagaren avtalats för att ett lån skall anses föreligga. Enligt propositionen skall varukrediter, förskott på lön och förskott för bestridande av utgifter för bolagets räkning inte räknas in i begreppet penninglån. Om förhållandena är sådana att kreditvillkoren i praktiken är att jämställa med ett penninglån även om transaktionen har en annan benämning, skall dock låneförbudsreglerna tillämpas.⁵⁹ En förlängning av den avtalade kredittiden torde kunna

55 Lindskog, s. 165.

56 Lindskog, s. 180.

57 Nerep, s. 292.

58 Uttrycket penninglån innefattar dock inte medel som sätts in på bankräkning om det är så att banken äger aktier i det insättande bolaget.

59 Prop. 2004/05:85 s. 803.

bedömas som ett penninglån.⁶⁰ Om kreditvillkoren inte reglerats på ett marknadsmässigt vis, finns alltså en risk att krediten likställs med ett penninglån. Enligt Grosskopf bör det kunna gälla också då en straffrättslig tolkningsmetod tillämpas. Dock skall bara uppenbara avvikelser mot en marknadsmässig kredit jämföras med penninglån.⁶¹ Huruvida dessa lån har maskerats eller inte är en bevisfråga, det bör i varje fall finnas ett stort utrymme för affärsmässiga krediter. Vid bevisningen måste de allmänna straffrättsliga kraven uppfyllas.⁶²

3.2.3 Bulvaner

Lindskog ger exempel på olika slags bulvanarrangemang i åsyftande att söka kringgå närståendelåneförbudet men hänvisar till förarbetena som hänvisar till allmänna rättsprinciper och säger att ”ett lån, som formellt ges till annan person men reellt till aktieägare eller styrelseledamot”, anses strida mot förbudet. Uttalandet anses dock vara överspelat då den andra kretsen av närstående numera träffas av lagstaddandets och det främst var denna krets det syftade på. Med hänsyn till legalitetsprincipen bör inte närståendeförbudet mer än i uppenbara fall träffa de kringgåenden där överenskommelser görs med person utanför den andra kretsen. Han fortsätter med att beskriva förmedlade lån, där styrelseledamoten A lånar medel av B som lånar av bolaget. Detta skulle vara två separata rättsförhållanden som inte skulle omfattas av låneförbudet i ABL. Bedömningen skulle inte göras annorlunda även om A ställt säkerhet för B:s lån.⁶³

3.2.4 Undantag från det generella låneförbudet

Även om det generella låneförbudet är absolut och gäller oavsett om låntagaren är solvent finns det undantag till förbudet i ABL 21 kap. 2 §.⁶⁴ Syftet med undantagen är att underlätta för företag då ett låneförbud i vissa situationer har kunnat inverka negativt på affärsverksamheten. Undantagen möjliggör transaktioner som typiskt sett inte är till för att kringgå beskattning eller där borgenärsskyddet allmänt sett inte förringas.⁶⁵ Det viktigaste undantaget för denna uppsats är lån mellan bolag i samma koncern samt lån som är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse och utlåningen sker av rent affärsmässiga skäl.⁶⁶

60 Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:6.

61 Grosskopf, s. 143.

62 Nerep, s. 303.

63 Lindskog, s. 165.

64 Skog, s. 113.

65 Posselius m.fl., s. 58

66 Övriga undantag är lån till kommun, landsting eller kommunalförbund, lån som har tagits upp av Riksgäldskontoret (behandlas ej) samt lån till aktieägare med under en procents aktieinnehav i bolaget.

3.2.4.1 Kommunlån

Ett bolag som ägs av en kommun, landsting eller ett kommunalförbund får lämna penninglån till dessa. Något koncernförhållande föreligger inte i dessa fall, affärsmässiga skäl för lånet föreligger inte alltid och inte heller rörelse bedrivs i allmänhet av kommuner. Därför uppkom behovet av ytterligare ett undantag för denna grupp.⁶⁷ Motiveringen till detta är att en kommun skulle ha "särskilda och skyddsvärda intressen" av att kunna låna från sitt bolag. En annan anledning är att sådana lån inte skulle träffas av "närståendelånets ratio".⁶⁸ Det ansågs inte heller föreligga någon större risk för skatteflykt.⁶⁹ Undantaget gäller endast lån direkt till kommun, landsting eller kommunalförbund, lån till bolag som dessa äger kan istället vara tillåtna med hjälp av koncernundantaget. Kommunlånsundantaget kommer inte att behandlas ytterligare.

3.2.4.2 Koncernlån

Koncernundantagets syfte är att koncernbolag skall kunna låna av varandra helt fritt, att exempelvis ett moderbolag kan låna av sitt dotterbolag, det måste dock först utredas om det föreligger en olovlig värdeöverföring. Då ett koncernlån lämnas till en betalningsoduglig låntagare, alternativt lämnas med oförmånliga villkor för det långivande bolaget, kan lånet utgöra en sådan olovlig värdeöverföring.⁷⁰ Om gäldenären tillhör den förbjudna kretsen, får ändå ett aktiebolag ställa säkerhet eller ge penninglån till det företaget om det föreligger ett koncernförhållande. Även andra typer av juridiska personer omfattas av detta undantag, såsom handelsbolag eller utländskt företag inom EES. Det uttalas i förarbetena att det finns goda skäl att göra en helhetsbedömning när man betraktar en koncern.⁷¹ Man måste först och främst kontrollera om bolagen ingår i en koncern i ABL:s mening. Koncerndefinitionen återfinns i ABL 1 kap 11 § och innebär i korthet att det föreligger ett koncernförhållande om ett svenskt aktiebolag innehar mer än hälften av aktierna eller rösterna i ett annat företag. Undantaget i ABL 21 kap. 2 § utvidgar dock koncerndefinitionen till att omfatta utländska moderbolag med hemvist inom EES samt övriga svenska associationsformer. Skulle moderbolaget tillhöra något land utanför EES-området kan inte koncernundantaget tillämpas, i sådana fall kan det kommersiella låneundantaget istället utnyttjas.⁷²

67 Nerep, s. 308.

68 Lindskog, s. 166.

69 Nerep, s. 308.

70 Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:10.

71 Prop. 1973:93 s. 92.

72 Andersson, s. 186.

Begreppet innehar, innefattar inte bara äganderätt utan också andra typer av innehav som exempelvis pantsättning. Mer än hälften av aktierna betyder alltså att ett bolag som innehar 50 % av aktierna i ett annat bolag inte räknas som moderbolag, det krävs mer än hälften för att ett koncernförhållande skall anses föreligga enligt den första koncerndefinitionen.⁷³ Enligt de övriga punkterna i ABL 1 kap. 11 § kan det emellertid ändå föreligga ett koncernförhållande, trots ett mindre aktieäggande, om bolaget förfogar över mer än hälften av rösterna, rätt att utse eller avsätta mer än hälften av styrelserepresentanterna eller rätt att utöva ett bestämmande inflytande. Det kan också vara så att ett moderbolag och ett dotterbolag har motsvarande innehav eller inflytande tillsammans i ett annat dotterbolag.

För att koncernundantaget skall aktualiseras krävs att ett koncernförhållande föreligger då lånetransaktionen genomförs. Man kan alltså bilda en koncern och genast därefter upptaga lån av dotterbolaget eller ställa säkerhet. Lindskog hävdar att med ens som köparen har rätt att bli införd i aktieboken föreligger ett koncernförhållande.⁷⁴ Grosskopf å andra sidan, hävdar att ett koncernförhållande inte uppkommer förrän aktierna tillträtts.⁷⁵ Nerep har en annan syn på koncernförhållandet. Han menar att förvärvaren blir obligationsrättsligt ägare till aktierna redan då avtalet träffas. Då man avtalat om att aktierna skall tillträdas senare är det vanligt att hela eller delar av köpeskillingen skall erläggas först då tillträde till aktierna sker, då leverans respektive registrering av aktierna sker. Då aktierna registrerats uppkommer sakrättslig äganderätt.⁷⁶

Aktieägaren kan utöva sina rättigheter mot bolaget först då han införts i aktieboken. Om man utgår från inflytande på grund av exempelvis röstandel som ett bolag har över ett annat, blir tidpunkten för införandet i aktieboken bestämmande då ju det först då som rösträtt erhålles. Det föreligger dock enligt ABL 1 kap. 11 § en koncern redan i och med att ett aktiebolag äger aktier eller andelar. Här är äganderätten avgörande och inte huruvida notering i aktieboken gjorts. Nerep menar att det inte är den obligationsrättsliga övergången som är avgörande för om ett koncernförhållande skall anses föreligga, trots att stöd ges för detta då restriktivitet skall tillämpas enligt legalitetsprincipen. Det borde istället vara den sakrättsliga övergången som skall vara bestämmande, då uttrycket ”äger” syftar till den fullständiga äganderättsövergången.⁷⁷

73 Skog, s. 267.

74 Lindskog, s. 167.

75 Grosskopf, Vinstbolag, s. 33.

76 Eller då aktierna traderats till förvärvaren eller denuntiation sker till tredje man då aktierna förvaras av denne.

77 Nerep, s. 311ff.

3.2.4.3 Kommersiella lån

När det gäller undantaget för lån av rent affärsmässiga skäl står det klart att det är det långivande bolaget som måste ha affärsmässiga skäl.⁷⁸ Förutom att det långivande bolaget måste ha affärsmässiga skäl för utlåningen eller ställandet av säkerhet måste gäldenären driva rörelse och lånet måste vara avsett för denna rörelse. Rörelsen måste finnas vid tillfället för lånet eller säkerheten. Undantagsbestämmelsen träffas således inte de tillfällen då gäldenären tar ett lån för att starta en rörelse. All näringsverksamhet avses med uttrycket rörelse, det spelar ingen roll om det är en fysisk eller juridisk person som bedriver rörelsen och den måste inte heller vara driven i vinstsyfte.⁷⁹ Undantaget för kommersiella lån förklaras av att de kan motiveras av företagsekonomiska skäl. Följande uttalande görs i prop. 1973:93 s. 93:

”Undantag från låneförbudet bör göras för de fall då lånet utgör ett led i en affärsförbindelse mellan bolaget och gäldenären och är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse. Eftersom man får utgå från att sådana lån ges i bolagets intresse och sålunda kan antas påverka bolagets ekonomiska situation på ett gynnsamt sätt, kan undantaget typiskt sett inte anses träda borgenärernas befogade intressen för när. Och eftersom lånet inte får avse privat konsumtion, kan det inte heller sägas vara fråga om något slags skatteflykt.”

Förhindrande av skatteflykt är alltså ett av de huvudsakliga skälen till det generella låneförbudet. Huruvida lånet är betingat av affärsmässiga skäl är svårt att avgöra, men lån som är rent kommersiella och inte är avsett för privat konsumtion skall inte träffas av förbudet.⁸⁰ Om lånet ges eller säkerhet ställes i syfte att främja att en verksamhet kommer till stånd som bolaget självt direkt eller indirekt har nytta av eller själv skall delta i, måste affärsmässigheten vara uppfylld.⁸¹ Då det relevanta är syftet med lånet borde det vara tillåtet att efter lånet upptagits använda lånemedlen till något annat. När det gäller det långivande bolagets agerande, torde det inte krävas någon genomgående undersökning av denne. Detta eftersom det enligt ABL 30 kap. krävs grov oaktsamhet för att straffansvar skall aktualiseras och det borde vara liknande resonemang när det gäller denna fråga som när det gäller frågan om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen.⁸²

78 Skog, s. 115f.

79 Prop. 2004/05:85 s. 804.

80 Andersson, s. 186.

81 Prop. 2004/05:85 s. 804 med hänvisning till prop. 1973:93 s. 93.

82 Lindskog, s. 179 som jämför med uttalande i Prop. 1975:103 s. 491 ”någon mera ingående efterforskning inte rimligen kan krävas”, det räcker att man frågar om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen för att undgå straffansvar.

Eftersom vi har att göra med ett straffstadgande, är det restriktiv tolkning som gäller. Det måste enligt min mening vara tillåtet att göra dåliga affärer och det viktiga borde vara själva syftet med långivandet. Detta syfte kan tänkas vara svårt att motbevisa och det kanske bara är i klara fall av kringgående som affärsmässigheten kan motbevisas. Rekvisitet ”uteslutande för gäldenärens rörelse” kräver inte en mera kvalificerad koppling till den egna verksamheten, utan denna har som mål att stoppa lån för privat konsumtion. I propositionen hänvisas till ett regeringsbeslut där så kallade ”cash-pool” system, där lån mellan bolag sker, inte skall förhindras.⁸³ Parterna skall inte hela tiden behöva undersöka om låntagaren ingår i den förbjudna kretsen eller inte då normala affärstransaktioner genomförs.

Enligt ABL 21 kap. 10 § måste styrelsen och VD upprätta en särskild förteckning över lån och säkerheter som givits med stöd av undantaget för affärsmässiga skäl. Denna förteckning skall underlätta arbetet för skatteverket och de interna revisorerna. Vissa närståendelån skall även förtecknas i årsredovisningen enligt ÅRL 5 kap. 12 § och 5 kap. 1 § lagen om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag.⁸⁴

3.2.4.4 Småaktieägarlån

Jag tänker bara kort nämna att det finns två skillnader mot gamla ABL när det gäller undantaget aktieägare med små aktieinnehav. Dels skall det inte tagas hänsyn till aktieinnehav i annat företag i samma koncern, dels skall det inte få någon betydelse hur många aktier man har.⁸⁵ Detta undantag gäller naturligtvis inte den aktieägare som dessutom är styrelseledamot eller VD eller har bestämmande inflytande med respektive närstående personkrets. Undantaget gäller bara för den som enbart har en ställning som aktieägare i bolaget samt dennes närstående. Om det finns ett spritt aktieäggande, torde låntagaren kunna utgå från att denne inte äger en procent av aktiekapitalet tillsammans med närstående personer. Ett bolag som skall låna ut pengar skulle klara sig med att fråga låntagaren om denne, eller låntagarens släktingar, äger mer än en procent eller mera av aktierna i bolaget. Lånet kan ges efter ett nekande svar, om bolaget inte har anledning att tro att detta är felaktigt.⁸⁶

83 Prop. 2004/05:85 s. 804.

84 Lag (1995:1559) om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag.

85 Prop. 2004/05:85 s. 804, tidigare fanns det en gräns på högst 500 stycken aktier.

86 Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:12.

3.2.5 Dispens

Det finns även en möjlighet att få dispens av Skatteverket alternativt Finansinspektionen enligt ABL 21 kap. 8 §. Dispensgivandet skall användas mycket restriktivt och det skall särskilt beaktas att möjligheten att låna av bolaget inte utnyttjas för skatteflykt.⁸⁷ I förarbetena⁸⁸ nämns som exempel på situation där möjlighet till dispens ges, då arvingar måste låna av familjeföretaget för att kunna betala arvsskatt.⁸⁹ Även här skall en förteckning upprättas enligt ABL 21 kap. 10 § över förskott, lån och säkerheter som lämnats med stöd av dispensundantaget. Se även dispens under förvärvslåneförbudet.

3.2.6 Rättsverkan av brott mot det generella låneförbudet

Utgångspunkten är enligt praxis att en rättshandling som bryter mot låneförbudsreglerna är giltig, som diskuterats ovan. HD hävdade dock att det finns fall då ogiltighet blir resultatet, då något befogat anspråk ej kan ställas av den som åtnjuter förmånen av rättshandlingen.⁹⁰ Numera framhålls ogiltighet och att återbäringsskyldighet inträder oavsett mottagarens goda eller onda tro.⁹¹ En styrelsemedlem eller VD som uppsåtligen eller av oaktsamhet medverkat till ett beslut om ett olagligt lån till någon i den förbjudna kretsen kan bli skadeståndsskyldig enligt ABL 29 kap. 1 §. Motsvarande skadeståndsskyldighet gäller för aktieägare enligt ABL 29 kap. 3 §, där det dock krävs grov oaktsamhet. Stöd för detta finns även i praxis.⁹²

3.2.6.1 Straffansvar

Ett straffansvar kan också aktualiseras enligt ABL 30 kap. 1 § p. 4, då krävs uppsåt eller grov oaktsamhet. Böter eller fängelse i högst ett år är straffet för brott mot låneförbudet. När det gäller den grova oaktsamheten gäller det främst långgivarens bedömning av huruvida låntagaren tillhör den

87 Skog, s. 120.

88 Prop. 1973:93 s. 135.

89 Arvsskatt finns emellertid inte kvar i lagstiftningen.

90 NJA 1992 s. 727.

91 Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:29.

92 Exempelvis NJA 1976 s. 618, s. 624, där HD uttalar att "...påföljden blir endast den i lagen angivna, nämligen straffansvar och eventuellt skadeståndsskyldighet för den som överträtt förbudet..."

förbjudna kretsen eller inte.⁹³ Det är den som deltar i och agerar för bolaget i det olagliga långivandet som riskerar straffansvar. Styrelseledamot och VD torde vara de primärt ansvariga, men även aktieägarna riskerar ansvar om de har varit införstådda i handlandet. Anställda bör dock inte kunna bli ansvariga enligt Lindskog.⁹⁴ Nerep uttrycker dock åsikten om att exempelvis en chef på mellannivå, med utlåningsverksamheten inom sitt ansvarsområde, i undantagsfall bör kunna bli ansvarig.⁹⁵ Den som mottagit ett lån som strider mot förvärvslåneförbudet måste återbära vad den mottagit enligt ABL 21 kap. 11 §.

3.2.6.2 Medverkansansvar

När det gäller medverkansansvar är bestämmelserna i BrB 23 kap. 4 § tillämpliga eftersom fängelse är med i straffskalan. Det skall inte vara straffbart för den som njuter förmånen av ett lagstridigt lån eller säkerhet utan att medverka på bolagets sida. Så är fallet vid *necessarius concursus*, att man för att kunna komma i åtnjutande av förmånen begränsar medverkan till vad som är erforderligt, det vill säga tagit emot beloppet.⁹⁶ Är mottagaren av lånemedlen däremot en person i organställning förhåller det sig annorlunda. Då kan straffansvar bli aktuellt för även denna person.

Medverkansansvar kan även bli aktuellt för exempelvis jurist, ekonom, revisor eller konsult.⁹⁷

3.3 Förvärvslåneförbudet

Förvärvslåneförbudet, som även kallas det särskilda låneförbudet, huvudsakliga syfte är framförallt att säkerställa att borgenärerna skyddas mot att bolaget i praktiken ger ett lån till sin aktieägare.⁹⁸ Suecia-målet nämns inte i förarbetena, men det var just den typ av transaktion som förekom där som lagstiftaren ville förhindra.⁹⁹ Låneförbudet i ABL 21 kap. 5 § täcker lån som har till syfte att någon skall förvärva aktier i bolaget. Förbudet är absolut och det kan nog bero på svårigheter att veta var gränsen skulle gå för tillåtna respektive otillåtna förvärvslån, samt att det vid försäljning av ett bolag i många fall lätt missas att utreda kreditvärdigheten hos köparen. Bestämmelsen är inte tillämplig för det fall lån eller säkerhet ställs och långgivarens syfte med detta är något annat än att

93 Skog, s. 122.

94 Lindskog, s. 177.

95 Nerep, s. 412.

96 Lindskog, s. 177.

97 Nerep, s. 413.

98 Prop. 1973:93 s. 92.

99 Grosskopf, s. 133.

underlätta ett förvärv av bolaget. Detta torde gälla oavsett om lånet sedermera faktiskt används för detta ändamål.

Att bevisa en avsikt med upptagandet av ett lån kan naturligtvis vara mycket svårt. Lindskog är av den åsikten att om det kan visas att det är förvärvet som föranlett själva lånet och lånemedlen sedan har använts för att betala förvärvet, är det frågan om ett penninglån i förvärvssyfte. I slutändan blir det en fråga om bedömning huruvida omständigheterna är sådana att förvärvslåneförbudet blir aktuellt.¹⁰⁰ Motsvarande borde gälla ställande av säkerhet. Det kan även på denna punkt te sig ytterst tveksamt om ett sådant vagt beviskrav kan gå ihop med legalitetsprincipen, men det är som sagt svårt att bevisa en avsikt. Nerep betonar att det är åklagaren som har bevisbördan och att full bevisning om lånets syfte skall krävas. Om det långivande bolaget inte vetat om låntagarens syfte att förvärva aktier i det förra bolaget, utan detta har angett ett annat syfte med lånet blir det än svårare att bedöma situationen. I de fallen då långivaren tror att syftet är något annat och inte förstår eller borde förstått det egentliga syftet, torde inga skäl föreligga för att närmare efterforska det egentliga syftet med lånet.¹⁰¹

Förbudet täcker lån till aktieägare, styrelseledamöter och andra såsom det generella låneförbudet gör. I de fall då låntagaren inte tillhör denna grupp, får förvärvslåneförbudet en egen betydelse. Liksom det generella låneförbudet omfattas närstående fysisk eller juridisk person, och förbudet gäller dessutom om förvärvet avser annat överordnat bolag i samma koncern.¹⁰² Med ”överordnat bolag” menas moderbolag vilket innebär att ett dotterbolag inte kan lämna lån eller ställa säkerhet för förvärv av aktier i moderbolaget. Även lån som upptas för att förvärva aktier i systerbolag omfattas enligt propositionen av förbudet.¹⁰³ Det är dock tveksamt om lagtexten kan sägas innefatta systerbolag.¹⁰⁴ Det är numera helt tillåtet att vid avyttring av aktier i dotterbolag ge kredit till förvärvaren, om detta inte träffas av förbudet mot närståendelån.

3.3.1 Efterföljande finansiering

Rhode menar att huvudregeln måste vara att förvärvslåneförbudet inte är tillämpligt på lån som

100Lindskog, s. 171.

101Nerep, s. 327.

102Skog, s. 117.

103Prop. 2004/05:85 s. 806.

104Andersson, Johansson, Skog (2006), 21:16.

moderbolaget tar *efter* att det förvärvat aktierna i dotterbolaget.¹⁰⁵ Lindskog betonar återigen legalitetsprincipen och konstaterar att ett koncernlån efter förvärvet då aktieägarbefogenheterna har övergått på köparen är tillåtet.¹⁰⁶ Jag har diskuterat vid vilken tidpunkt ett koncernförhållande skall anses föreligga ovan under koncernundantaget. Förbudet omfattar endast lån i syfte att någon *skall* förvärva, och hindrar alltså inte att bolaget lämnar penninglån till en aktieköpare sedan förvärvet redan genomförts. På detta vis kan A, efter B:s förvärv av A:s aktier, ställa säkerhet för B:s låneskuld till C, som B ådragit sig med anledning av köpet.

3.3.1.1 Seriös kreditgivning och reell kreditrisk

För att inte förvärvslåneförbudet skall kunna kringgåas alltför enkelt, krävs att kreditgivningen är seriös och att kreditgivaren, i varje fall en kort stund, har stått en reell kreditrisk. Vad som menas med en kort stund kan diskuteras. Till en början kan sägas att mycket talar för att en domstol inte skulle godta upplägg genom ett så kallat minutenlån. Med detta uttryck menas att B tar upp ett lån hos C för förvärv av A:s aktier varefter B genomför köpet. Kort därefter, några minuter, eller kanske timmar, löser B sitt lån genom att låta A ta upp ett motsvarande lån. Skälet till att dessa lån inte skulle godtas skulle vara att det för förvärvslåneförbudets icke-tillämpning i doktrinen förutsatts att finansieringen skall framstå som seriös och kreditgivaren skall ha stått en reell risk.¹⁰⁷ Rhode anser vidare att någon tidsgräns inte kan uppställas utan pekar på att det viktiga måste vara huruvida säljaren varit säker på att få betalt av B eller inte. Finns en sådan distans och har B haft en verklig möjlighet att avbryta förhandlingarna efter att aktierna har överlåtits genom att vägra ta upp ett lån från A, får kreditgivaren anses ha stått en reell risk oavsett tidsramarna.¹⁰⁸ Nerep anser att det inte är självklart att kreditrisken ökar i takt med kredittidens längd, särskilt inte när det handlar om korta kredittider då exempelvis en dags kredit kan innebära en stor risk.¹⁰⁹ Lindskog håller med om att det inte spelar någon roll hur lång tid efter förvärvet som lånet upptas, och förklarar förfarandets system. Förvärvslåneförbudet gäller före förvärvet, närståendelåneförbudet gäller efteråt och har undantag, i vårt fall blir koncernlånet det aktuella undantaget. Om förvärvet således sker och lån upptas därefter, gäller inte förvärvslåneförbudet, oberoende av den tid som förflyter.¹¹⁰

105Skog, s. 117.

106Lindskog, s. 173.

107Skog, s. 117.

108Skog, s. 117.

109Nerep, s. 348.

110Lindskog, s. 174.

I doktrinen finns olika uppfattningar om rättigheten att låna från bolaget. En del menar att det torde krävas att en egen finansieringsförmåga verkligen skall ha visats för de förvärvade aktierna. Detta skulle vara fallet om en reell kredit redan beviljats av en bank före förvärvstillfället.¹¹¹ Grosskopf menar att ett lån omfattas av låneförbudet även efter förvärvet om en alternativ finansieringsförmåga inte kunnat visats av köparen.¹¹² Det skulle innebära att lånet var en förutsättning för förvärvets genomförande. Nerep drar slutsatsen att för att förvärvslåneförbudet skall kunna tillämpas, måste åklagaren bevisa fyra omständigheter. Dels att lånet som tagits efter tillträdet av aktierna utnyttjas för återbetalning, dels att förvärvaren saknat en egen finansieringsförmåga, dels att inblandade parter förutsatt att det förvärvade bolagets tillgångar skulle reglera krediten, samt att detta faktiskt skett.¹¹³

När det gäller huruvida hänsyn skall tas till värdet av aktierna som låntagaren övertar vid solvensprövningen är rättsläget oklart. Om värdet på aktierna i det långivande bolaget inte påverkas av lånet, har dessa ett värde som låntagaren kan tillgodogöra sig genom en försäljning, vilket borde föranleda att det också skall tas hänsyn till värdet vid prövningen.¹¹⁴ Lindskog finner inga skäl alls till att sådana aktiers värde inte skall tas hänsyn till.¹¹⁵

3.3.1.2 Överenskommelse före förvärvet

Det är tveksamt om man skulle klara sig ur en situation där man redan före förvärvet säkrat finansieringen. Om man exempelvis spärrar bolagets bankmedel till förmån för säljaren, innebär det att denne i praktiken tar betalt före överlåtelsen, vilket inte skulle vara godtagbart. Om säljaren däremot inte kan ta betalt ur bolagskassan, utan är beroende av köparens betalningsvilja, bör det inte anses som ett brott mot förvärvslåneförbudet även om betalningen i sig hade varit planerad. Samma sak skulle gälla då köparen tagit ett lån från en tredje man. Det som skall vara avgörande i denna typ av finansiering, är om bolaget är bundet av avtalet eller inte. Är bolaget bundet av utfästelsen, föreligger ett brott mot förvärvslåneförbudet, medan det inte bör vara straffbart med en utfästelse som bolaget inte är bundet av.¹¹⁶

111Posselius m.fl., s. 61f.

112Grosskopf, s. 134.

113Nerep, s. 347.

114Posselius m.fl., s. 66f.

115SvJT 1992 s. 94.

116Lindskog, s. 174f.

Även när det gäller förvärvslån skall dessa enligt ÅRL 5 kap. 12 § och 5 kap. 1 § lagen om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag förtecknas i årsredovisningen.

3.3.2 Dold vinstutdelning

I Suecia-målet framkommer att en fysisk person utan egentliga ekonomiska förutsättningar, förvärvar aktierna i ett bolag genom ett lån från det förvärvade bolaget. Suecia erhöll i gengäld en fordran på motsvarande belopp, vilken praktiskt taget helt saknade värde enligt HD. Ett lån som lämnas till en icke betalningsduglig mottagare, skall enligt HD ses som en dold vinstutdelning.¹¹⁷ Prövning av aktieägarens betalningsförmåga skall enligt Hovrättens domskäl prövas i två led, dels om insufficiens förelåg vid lånetillfället, dels om den i så fall var av övergående natur.¹¹⁸ Ett annat mål som rör förvärvslåneförbudet är det så kallade Nordanland-målet, NJA 1990 s. 343. Ett dotterbolag hade under några månader 1981 till 1982 lånat ut ca 11,7 miljoner kronor till sitt moderbolag. Dotterbolaget beviljade strax därefter ett ackord om ca 11,4 miljoner kronor till moderbolaget, som resulterade i att dotterbolaget i princip avstod från hela sin lånefordran på moderbolaget. Då HD bedömde huruvida moderbolaget var betalningsdugligt, konstaterade man att skulderna vida översteg tillgångarna. Detta medförde att moderbolaget ansågs vara betalningsodugligt och lånet bedömdes istället vara en vederlagsfri utdelning från dotterbolaget till moderbolaget. Bevisbördan för betalningsdugligheten ligger hos den som tog emot lånet utan att ha en sådan ställning att återbetalning kunde påräknas. Moderbolaget Nordanland gjorde det inte sannolikt att så var fallet.¹¹⁹

3.3.3 Tidpunkten för lånet som utgångspunkt

Vid vilken tidpunkt som mottagarens betalningsförmåga skall prövas har diskuterats i doktrinen. HD fastslog emellertid i Nordanland-målet att det är tidpunkten för lånet som är utgångspunkten vid bedömning av betalningsförmågan.¹²⁰

117NJA 1951 s. 6 I, s 25f.

118Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 449.

119NJA 1990 s. 343, s 347ff.

120NJA 1990 s. 343, s 350.

3.3.4 Undantag till förvärvslåneförbudet

Ett bolag ges möjlighet att ge lån till sina anställda genom undantaget i ABL 21 kap. 6 §. Lånet skall vara till för att köpa aktier i bolaget eller annat bolag i samma koncern. Lånet måste betalas tillbaka inom fem år och erbjudandet måste rikta sig till minst hälften av bolagets anställda. Det får inte vara på mer än två basbelopp enligt lagen om allmän försäkring och som sista krav måste beloppet rymmas inom bolagets utdelningsbara medel.

3.3.5 Dispens

Det finns även här en möjlighet att få dispens av Skatteverket alternativt Finansinspektionen enligt ABL 21 kap. 8 §. Det bör inte ges dispens vid sådana tillfällen då ett erbjudande om förvärv av bolaget enbart riktar sig till VD och dennes närmaste krets. En möjlighet till dispens kan emellertid ges i sådana situationer där exempelvis ett familjeföretags delägare vill lösa ut varandra, eller där köparen av ett bolag skall övertaga ett lån som den tidigare aktieägaren fått av bolaget.¹²¹ Det finns en möjlighet att få dispens för lån avsedda för förvärv av det egna bolaget. I förarbetena uttalas det dock att villkor måste ställas för att skydda borgenärsintressena, detta kan göras genom exempelvis att den större delen av köpeskillingen måste betalas med kontanta medel.¹²² Givetvis skall borgenärerna höras över en ansökan om dispens enligt ABL 21 kap. 9 §. De får kräva betalt eller att få tillfredställande säkerhet innan dispens medges. Dispensinstitutets främsta syfte är att göra det lättare för fåmansbolag att genomföra generationsskiften. ABL 21 kap. 12 § förhindrar dock publika aktiebolag att kunna få någon sådan dispens. Lånets ändamål är viktigt, dispensmöjligheten får inte utnyttjas i skatteflyktssyfte vilket särskilt skall beaktas då man skall vara mycket restriktiv vid tillämpningen av densamma.¹²³ Bolaget bör dessutom ta i beaktande att trots ett beviljande av dispens, kan lånet ändå utgöra ett brott mot kapitalskyddsreglerna.

3.3.6 Rättsverkan av brott mot förvärvslåneförbudet

En styrelsemedlem eller VD som uppsåtligen eller av oaktsamhet medverkat till ett beslut om ett

¹²¹Skog, s. 120.

¹²²Prop. 1977/78:41 s. 38.

¹²³Skog, s. 120.

olagligt lån till förvärv eller säkerställande kan bli skadeståndsskyldig enligt ABL 29 kap. 1 §. Motsvarande skadeståndsskyldighet gäller för aktieägare enligt ABL 29 kap. 3 §, där det dock krävs grov oaktsamhet. Ett straffansvar kan också aktualiseras enligt ABL 30 kap. 1 § p. 4, då krävs uppsåt eller grov oaktsamhet. När det gäller den grova oaktsamheten gäller det främst långgivarens bedömning av vilket syfte lånet har.¹²⁴ Den som mottagit ett lån som strider mot förvärvslåneförbudet måste återbära vad den mottagit enligt ABL 21 kap. 11 §. Förutom straffansvaret som finns som jag tidigare berört blir konsekvensen av att ett lån eller en ställd säkerhet strider mot förvärvslåneförbudet ogiltighet. Det krävs dock för ogiltighet av ställd säkerhet att bolaget visar att mottagaren av lånet eller säkerheten var i ond tro om dess olaglighet. Vid bedömningen av huruvida mottagaren varit i ond tro eller inte skall man ta hänsyn till vilken insyn denne har haft i bolaget och dess förhållanden i det specifika fallet. Utgångspunkten får anses vara vad som kan anses brukligt i affärsförbindelser av ifrågavarande slag. När det gäller medverkansansvar torde samma sak gälla som för brott mot det generella låneförbudet som jag redogjorde för ovan.

3.4 Generalklausuler etc.

Ett långgivande eller säkerhetsställande till aktieägare eller närstående kan även stå i strid mot bolagets verksamhetsföremål och verksamhetens syfte.¹²⁵ Dessutom kan generalklausulen i ABL 7 kap. 47 § som säkerställer den så kallade likhetsprincipen, principen om likabehandling av alla aktieägare, överträdas. Bestämmelsen förbjuder bolagsstämman att fatta sådant beslut som är ägnat att ge ”otillbörlig fördel åt aktieägare eller annan till nackdel för annan aktieägare”. Ett sådant förbud finns även för styrelsen eller annan ställföreträdare för bolaget i ABL 8 kap. 41 §. De får inte genomföra en åtgärd eller rättshandling med motsvarande fördel respektive nackdel för aktieägare.

3.5 Ställande av säkerhet – Tredjemanspant

Som jag redan berört tidigare omfattar både det generella låneförbudet och förvärvslåneförbudet även ställande av säkerhet. Förbudet innebär att ett bolag inte får ställa säkerhet dels för ett lån avsett för förvärv av aktier i bolaget eller annat överordnat bolag inom samma koncern, dels för ett

¹²⁴Skog, s. 122.

¹²⁵Johansson, s 87.

lån till någon i den förbjudna kretsen. Att ställa säkerhet för annans skuld till tredje man är något som inte är helt ovanligt att aktiebolag gör. Ställande av säkerhet kan vara lika riskfyllt som att tillhandahålla ett penninglån, sett ur borgenärsperspektiv.¹²⁶ För det första måste man utreda huruvida ett sådant borgensåtagande eller ställande av pant ligger inom bolagsorganens kompetens.¹²⁷ Om alla aktieägare är överens spelar inte ABL:s minoritetsskyddsregler någon roll, det är först då konsensus inte finns som detta måste utredas. Detta behandlas inte i förevarande arbete. Det är i gällande rätt något osäkert huruvida ett sådant säkerställande skall anses som vederlagsfritt. Vidare är det enligt Andersson också osäkert om man i så fall skall jämföra det vederlagsfria momentet med utdelningsbart belopp enligt ABL 17 kap. 3-4 §§.¹²⁸ Det kanske räcker att pantförskrivningen inte fyller ett kommersiellt syfte, att den ligger långt ifrån aktiebolagets egna intresse.

Ställande av säkerhet likställs med lån med den förutsättningen att det kan ses som en ersättning för ett penninglån. Uttrycket säkerhet omfattar exempelvis borgen, garanti, pant i fast eller lös egendom och spärrade medel. Det är enligt Nerep även viktigt att komma ihåg att säkerheten skall ställas för lån som någon i den förbjudna kretsen har tagit av tredje man. Att bolaget tar lån av någon i den förbjudna kretsen och ställer säkerhet för detta omfattas inte av förbudet. Huruvida exempelvis så kallade letters of intent eller letters of responsibility skall jämföras med säkerhet, bör i varje enskilt fall avgöras av om det har en bindande karaktär och dess tolkning.¹²⁹

Det förekommer att ett vederlag lämnas mot att en pant eller borgen lämnas eller att en säkerhet lämnas som en del i en större affärshändelse. Denna typ av säkerställande ses inte som vederlagsfritt utan parterna får här en fullgod motprestation. Då istället ett generellt understöd i form av en pant eller borgen lämnas till ett annat bolag blir bedömningen svårare. Det kan vara så att det bolag som ställer säkerheten räknar med att tjäna på förfarandet i det långa loppet. Om syftet med säkerställandet är sådant, och det inte är alltför utsiktslöst att affärsmässiga fördelar kan komma att åtnjutas, bör inte heller denna typ av säkerställande ses som en vederlagsfri utbetalning.¹³⁰

126Prop. 1973:93 s. 135.

127Skog, s. 123.

128Andersson, s. 56.

129Nerep, s. 283f.

130Skog, s. 124.

3.5.1 Koncerner

Då ett dotterbolag tar ett lån och moderbolaget ställer säkerhet för detta, kan detta undgå att ses som en vederlagsfri utbetalning. Om dotterbolaget får fördelar av moderbolagets inblandning, kan även moderbolaget räkna med fördelar, genom att värdet på dotterbolaget ökar. Skulle situationen vara den omvända, att dotterbolaget ställer säkerhet för moderbolagets lån, blir det lite svårare att reda ut huruvida dotterbolaget åtnjuter några affärsmässiga fördelar.

3.5.2 Sveton-målet

Om pantförskrivningen bedöms som en vederlagsfri utdelning och om den inkräftar på bolagets bundna kapital är dess verkan i princip ogiltighet.¹³¹ Vid ett säkerställande uppkommer emellertid den definitiva belastningen först då säkerheten tas i anspråk. Fram till denna tidpunkt finns en villkorlig belastning, som uppkommer då ställandet av säkerheten görs. Den relevanta tidpunkten vid bedömandet av huruvida ställandet av säkerheten inkräftar på bolagets bundna kapital fastställdes i det så kallade Sveton-målet, NJA 1980 s. 311. Sveton ägde samtliga aktier i ett bolag, som såldes 1964. Betalningen bestod av att ett mindre belopp erlades genast, medan resterande belopp skulle betalas av under en period av 25 år. Sveton erhöll inteckningar i bolagets fasta egendom och förlagsinteckningar som säkerhet för betalningen. Efter att bolaget sedermera försatts i konkurs, uppstod frågan huruvida bolaget kunde ställa denna säkerhet med laga verkan.

HD konstaterade att att giltigheten av ställandet av säkerhet skall bedömas med utgångspunkt i förhållanden vid tidpunkten för pantsättningen. Pantsättningen blir giltig om den motsvaras av utdelningsbart belopp, skulle detta inte vara fallet blir pantsättningen ogiltig. Svetonbolaget hade tillräckligt med utdelningsbara vinstmedel och pantsättningen ansågs giltig.¹³² Vid tidpunkten för pantsättningen var regressgäldenärerna inte solventa för beloppet, vilket Sveton måste haft full insikt om. En pant skall därför ses som vederlagsfri och täckas av utdelningsbara medel om regressfordran inte är värd något vid pantförskrivningen på grund av gäldenärernas insolvens. Denna grundsats kallar Andersson för *minimumprincipen*.¹³³ Rhode däremot, har inte alls fäst avseende vid insolvenskravet, utan helt fokuserat på huruvida pantförskrivningen är affärsmässigt betingad eller ej. Han hävdar att det inte har någon relevans att gäldenären är solvent vid tidpunkten

¹³¹Skog, s. 125.

¹³²NJA 1980 s. 311, s. 319.

¹³³Andersson, s. 57 (ref. s. 316).

för pantförskrivningen, eftersom panten tas i anspråk då gäldenären inte har någon betalningsmöjlighet.¹³⁴ Jag är benägen att hålla med Rhode i detta, men om inte den så kallade minimumprincipen funnits, vore det kanske än mer troligt att pantförskrivningar skulle tas i anspråk på grund av insolvens. Det är ett incitament att gäldenären i vart fall vid tidpunkten för pantförskrivningen skall vara solvent.

3.5.3 Giltigheten

När det gäller giltigheten för en vederlagsfri borgensförbindelse konstaterades det i NJA 1995 s. 418, att samma tidpunkt gäller för denna typ av förbindelse.¹³⁵ Om säkerställandet eller borgensåtagandet skulle vara giltigt på grund av att täckning finns vid tidpunkten för pantsättningen, krävs att motsvarande summa reserveras i balansräkningen så att inte beloppet blir föremål för vinstutdelning. Det är oklart huruvida en sådan reservation kan göras på ett smidigt sätt, man får många gånger nöja sig med att sådan pantsättning redovisas separat för att visa att vinstutdelningsmöjligheterna kan bli reducerade.¹³⁶

3.6 Gäldenärsbyte eller borgenärsbyte

Vid ett gäldenärsbyte gäller låneförbudet, det vill säga då någon i den förbjudna kretsen övertar en skuld till bolaget. Om ett aktiebolag övertar en fordran från en annan juridisk eller fysisk person som denne har på någon i den förbjudna kretsen, gäller samma sak. Det är i det fallet istället frågan om ett borgenärsbyte, vilket kan ske genom exempelvis överlåtelse, gåva eller pantsättning. Det har ingen betydelse att låntagaren kan betala tillbaka lånet och till exempel ställer en bankgaranti på beloppet i fråga.¹³⁷

134Skog, s. 126.

135Skog, s. 125.

136Skog, s. 126.

137Nerep, s. 284ff.

4 Kringgående av låneförbudsreglerna via annan bolagsform

Det har konstaterats att det inte är ett brott mot förvärvslåneförbudet om penninglånet ges av exempelvis ett kommanditbolag. Eftersom det är strikt tolkning som gäller av låneförbudsreglerna, kan ett kommanditbolag som har två aktiebolag som delägare alltså lämna ett penninglån till det ena aktiebolaget i syfte att det skall förvärva det andra aktiebolaget.¹³⁸ I ett handelsbolag har bolagsmännen ett personligt ansvar, vilket gör att behovet inte är lika stort att ha borgenärsskyddsregler motsvarande låneförbuden för ett handelsbolag som för aktiebolag. Det borde alltså vara tämligen enkelt att kringgå förvärvslåneförbudet på detta sätt. Frågan uppkommer då om man kan använda andra associationsformer för att kringgå låneförbudsreglerna. Risken finns att försök till kringgåenden omfattas av låneförbuden då en domstol gör en extensiv tolkning av dessa.

4.1 Aktieägare överlåter aktier till handelsbolag

Om en aktieägare först överlåter sina aktier till ett handelsbolag, kan denne i form av bolagsman i handelsbolaget ta upp lån av aktiebolaget. Hänsyn måste dock tas till minoritetsreglerna och kapitalskyddsreglerna i ABL. Enligt HBL 1 kap. 1 § föreligger ett handelsbolag ”om två eller flera har avtalat att gemensamt utöva näringsverksamhet i bolag och bolaget har förts in i handelsregistret”. Med näringsverksamhet menas ”yrkesmässigt bedriven verksamhet av ekonomisk art” där yrkesmässigheten betyder att den skall vara varaktig och innefatta en serie affärshändelser.¹³⁹ Aktiebolagets kapitalinsats kan utnyttjas för utlåning om aktieägaren inte har några ägarintressen i handelsbolaget. Lånet kan därmed inte träffas av låneförbudet i ABL 21 kap. 1 §.

Om man bildar ett handelsbolag med enda syftet att genomföra lånetransaktioner till den förbjudna kretsen skulle det dock inte räknas som näringsverksamhet enligt kraven i HBL. Om det dessutom är så att aktiebolaget i praktiken kontrollerar handelsbolaget, borde de kanske betraktas som en enhet, alternativt att handelsbolaget är bulvan för aktiebolaget. Om långivning till den förbjudna kretsen är handelsbolagets enda verksamhet, men aktiebolaget saknar kontroll, skulle lånen ändå

¹³⁸Skatteverkets skrivelse 2004-10-11 (dnr 130 575098-04/111).

¹³⁹Hemström, s. 45.

betraktas som givna av aktiebolaget enligt Nerep. I varje enskilt fall måste kausalsambandet mellan lånet och aktiebolagets kontroll påvisas.¹⁴⁰ Det borde dock gå att utöka verksamheten så att inte enbart låneutbetalningar görs så att kraven på yrkesmässighet blir uppfyllda, och då borde också ett kringgående av låneförbudet vara möjligt. Ett annat exempel skulle vara att ett handelsbolaget lämnar ett förvärvslån till den som ämnar förvärva aktierna. Om det redan innan förvärvet av aktierna bestämts att gäldenären skall få låna till förvärvet och att lånet förutsätts komma från aktiebolaget, skulle man kunna göra en liknande tolkning som när det gäller efterföljande finansiering. Om det inte är tydliga gränser mellan handelsbolaget och aktiebolaget ökar risken att en domstol skulle se bolagen som om de vore en enhet. Det skulle i så fall innebära att lånet skall anses komma direkt från aktiebolaget som skall förvärvas och således träffas transaktionen av förvärvslåneförbudet. Finns det å andra sidan tydliga gränser talar det för, med legalitetsprincipens restriktiva tolkning i åtanke, att förvärvslåneförbudet inte skall anses tillämpligt.

4.2 Två aktiebolag bildar handelsbolag eller kommanditbolag

Om istället två aktiebolag går samman och bildar ett kommanditbolag eller handelsbolag så att ett kringgående av låneförbuden kan göras, krävs att tillgångar förs över till det gemensamma bolaget. Om samtliga bolagsmän är överens, eller om det endast finns en ägare, blir det inga problem med minoritetsskyddsreglerna. Kapitalskyddsreglerna måste dock beaktas och det måste klargöras om det föreligger en olovlig värdeöverföring eller inte. Koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag undgår möjligtvis en tillämpning av ABL:s värdeöverföringsregler. Så skulle vara fallet då dotterbolagets värde förväntas stiga med motsvarande värde. Om dotterbolaget emellertid är insolvent eller insufficient skulle värdeöverföringsreglerna ändå behöva tillämpas.¹⁴¹ För att ett koncernbidrag skall kunna behandlas som en avdragsgill kostnad respektive en skattepliktig intäkt, måste ett kvalificerat koncernförhållande föreligga. Enligt IL 35 kap. 2 § skall moderbolaget äga mer än 90% av andelarna i dotterbolaget. I vårt fall gäller det i så fall att se till att aktiebolaget som vill ge ett förvärvslån innehar mer än 90 % av andelarna i dotterbolaget för att ett koncernbidrag skall kunna ges samt att dotterbolaget är solvent.

¹⁴⁰Nerep, s. 294f.

¹⁴¹Andersson, s. 59.

Om ett koncernbidrag inte är aktuellt måste det tas hänsyn till bolagets bundna kapital och försiktighetsregeln enligt ABL 17 kap. 3 §. Det räknas som en värdeöverföring till den del som transaktionen inte har ett kommersiellt syfte och inte ryms inom bolagets fria kapital.¹⁴² Det kommersiella syftet kan inte anses uppnått om det enda syftet är att kringgå reglerna om låneförbud. Det borde dock att gå runt detta krav på kommersiellt syfte och när kommanditbolaget eller handelsbolaget fått tillgångar, kan låneutbetalningar göras. Risken finns naturligtvis att transaktionen ändå anses omfattas av förbudet på samma sätt som i föregående exempel. Det gäller även här att ha tydliga gränser för vem som företar vilka handlingar för att inte en sådan extensiv tolkning skulle tillämpas.

4.3 Handelsbolag som moderbolag

Om ett handelsbolag istället äger aktierna i dotterbolaget, skulle koncernlån kunna företas med stöd av ABL 21 kap. 2 § 1 st. 2 p. där handelsbolag som moderbolag ingår i koncernbegreppet enligt 2 st. 1 p. Låneförbudet torde därför kunna undgås genom att handelsbolaget i sin tur ger lån eller ställer säkerhet eftersom det endast är aktiebolag och inte handelsbolag som ingår i låneförbuden.

¹⁴²Andersson, s. 53.

5 Ändring av det andra bolagsdirektivet

Det har nu antagits ett nytt direktiv av Europaparlamentet och rådet, 2006/68/EG av den 6 september 2006, vilket innebär en ändring av det andra bolagsdirektivet. Ändringsdirektivet trädde enligt artikel 3 ikraft den 15 oktober 2006 och skall enligt artikel 2.1 vara genomfört senast den 15 april 2008. Kommissionen konstaterade att en förenkling och modernisering skall främja näringslivets effektivitet och konkurrenskraft utan att försämra skyddet för aktieägare och borgenärer.¹⁴³ Syftet med ändringarna i kapitaldirektivet är att det skall bli lättare att bilda kapital inom publika aktiebolag. Bolagen skall med dessa förändringar kunna ”reagera snabbare, till lägre kostnad och med mindre tidsspillan på förändringar på marknader som är relevanta för dem med avseende på kapitalstorlek, kapitalstruktur och äganderätt”.¹⁴⁴ I förslaget till direktivet nämns även att syftet med att förvärvslån skall kunna ges är att ”öka flexibiliteten med avseende på förändringar i ägarstrukturen i ett bolags aktiekapital”.¹⁴⁵ I ändringsdirektivet ges medlemsstaterna i artikel 23 punkt 1 en möjlighet att kunna tillåta publika bolag att ge lån eller ställa säkerhet, ”finansiellt bistånd”, till tredje man i syfte att denne skall förvärva aktier i bolaget. Det krävs bland annat att lånen sker på rättvisa marknadsvillkor enligt det andra stycket och att bolagsstämman skall godkänna villkoren på förhand enligt det tredje stycket. Täckning för det bundna kapitalet måste dock alltid finnas enligt det fjärde stycket. Enligt en helt ny artikel 23a, skall medlemsstaterna säkerställa att transaktioner till närstående till bolaget, inte strider mot bolagets bästa.

Den nya punkten 1 i artikel 23 är valbar, men om en medlemsstat väljer att använda sig av möjligheten måste skyddsbestämmelserna i artikel 23.1 och 23a genomföras i nationell rätt. Dessa villkor skall vara dels obligatoriska, dels uttömmande då ytterligare villkor inte får ställas upp av medlemsstaterna.¹⁴⁶ Sverige kommer förmodligen inte att införa några utökade möjligheter för aktiebolag att medge förvärvslån. Motiveringen till detta i promemorian är att svensk aktiebolagsrätt alltid har varit negativt inställd till förvärvslån, även om inte EG-rätten längre kräver ett förbud kan ett sådant förbud ändå vara viktigt med hänsyn till borgenärsskyddet samt i arbetet att bekämpa brott. Riskerna uppfattas som större än fördelarna med en uppmjukning av

143Promemoria, s. 3.

144Promemoria, s. 5.

145Bryssel, 29.10.2004 COM(2004) 730 final 2004/0256 (COD) Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 77/91/EEG när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital.

146Promemoria, s. 18.

förvärvslåneförbudet och man håller fast vid den bedömning som gjordes under arbetet med den nya ABL.¹⁴⁷ I de nuvarande förvärvslånereglerna kan dispens inte meddelas för publika aktiebolag, frågan är om dessa regler bör ändras så att dispens kan medges även för dessa bolag. Det ansågs dock inte finnas något utrymme för det heller.¹⁴⁸ Remisstiden löper ut den 25 april 2007.

147Promemoria, s. 19.

148Promemoria, s. 20.

6 Konklusion

Det generella låneförbudet grundar sig i stort på ett skatterättsligt syfte. Borgenärsskyddet har fått en underordnad ställning då det ges möjlighet till ett antal undantag från det generella låneförbudet. Om det är skatteflykt som är orosmomentet, går det att ändra skattelagstiftningen så att dagens kringgåendeförsök träffas av beskattning för att minska incitamentet till att låna för privat konsumtion. Skatteflyktslagstiftningen är naturligtvis alltid tillämpbar parallellt med ABL. Det allra bästa hade varit om ABL radat upp kriterier för vilka transaktioner som är tillåtna, då skulle vi i mesta möjliga mån undgå gränsdragningsproblematiken som är mycket omfattande på området. Förvärvslåneförbudet har istället borgenärsskyddet som bakomliggande syfte, att en förvärvare utan egen finansieringsförmåga inte skall kunna riskera att urholka bolagets kapital till nackdel för borgenärerna.

Låneförbudsreglerna har ett antal undantag vilka gör att ett kringgående av exempelvis förvärvslåneförbudet kan göras. Vid tillfällen då undantag tillämpas spelar kapitalskyddsreglerna en viktig roll, eftersom undantagen inte tar hänsyn till borgenärsskyddet. Även om syftet med flera av dem inte är att skada borgenärer, är det ändå ganska klart att låneförbuden tillkommit till stor del på grund av att skatteflykt skall minimeras. För att låneförbudsreglerna då inte skall bli helt tandlösa, finns kapitalskyddsreglerna. Dessa är att ta hänsyn till i varje situation av långivning eller säkerställande. Ett aktiebolag får inte lämna vederlagsfria värdeöverföringar som inkräktar på bolagets bundna kapital. Det räknas som en värdeöverföring om låntagaren vid tidpunkten för ett penninglån inte är betalningsduglig för lånet, därmed strider det enligt praxis mot kapitalskyddsreglerna.

Efterföljande finansiering i form av ett så kallat minutenlån är förenat med i princip lika stora risker som där ett lån hade tagits före förvärvet. Lagstiftaren valde bort möjligheten att tydligt förbjuda dessa transaktioner, vilket får konsekvensen att sådana transaktioner fortfarande kan genomföras då rättsläget är oklart. Förutsättningen för att en efterföljande finansiering skall kunna genomföras är att en koncern skall ha uppkommit för att undantaget för koncernlån skall bli tillämpligt. Det har i doktrin diskuterats vid vilken tidpunkt som en koncern skall anses uppkomma, olika uppfattningar finns inom detta område. Jag anser att Nereps argument, att det är den sakrättsliga övergången av aktierna som skall vara avgörande, förefaller vara logiskt uppbyggda, men att Lindskogs

uppfattning, att den avgörande tidpunkten är då förvärvaren har rätt att bli införd i aktieboken, även den är accepterbar. Eftersom förbuden är absoluta förlorar bolag också möjligheten att genomföra transaktioner som är till nytta för bolaget. Att använda sig av annan bolagsform leder till utökade möjligheter att kringgå låneförbuden, eftersom dessa förbud skall ha en restriktiv tillämpning.

Legalitetsprincipen spelar en viktig roll i tillämpningen av låneförbudsreglerna. Eftersom det är restriktivitet och bokstavstolkning som skall vara ledord, leder det till att extensiva tolkningar inte kan göras. På grund av detta kan man, genom att undvika att träffas av ordalydelsen i förbuden, kringgå både det generella som förvärvslåneförbudet. Dock verkar doktrinen ha godtagit en extensiv tolkningsmetod då uppenbara försök till kringgående har företagits. Rättsläget är emellertid inte klart inom detta område.

Vad gäller den nordiska rätten inom låneförbudsområdet har Sverige och Danmark lika strikt hållning. Norge däremot, tillåter långivning till aktieägare så länge som lämplig säkerhet ställs och att fritt disponibla tillgångar finnes för detta ändamål. Jag är av den åsikten att så länge man behandlar alla låntagare på samma sätt, skulle inte det finnas någon större risk för utnyttjande av bolagets kapital. Norge verkar ha en sundare inställning, även om jag ställer mig tveksam till att det skulle gagna ett bolags vinstsyfte att låna ut alla sina fria disponibla tillgångar istället för att exempelvis investera dem.

Jag anser att det nya ändringsdirektivet visar på en uppluckring av förvärvslåneförbudet. Syftet med kapitaldirektivets artikel 23 var att förvärv av egna aktier skulle förhindras. De svenska reglerna har borgenärsskyddet som främsta syfte för just förvärvslåneförbudet. Ett förvärvslån behöver inte vara förenat med ett minskat borgenärsskydd, så länge ett antal skyddsvillkor säkerställs. Förbudet kanske snart ser sina sista dagar, då EU öppnar upp för detta. Borgenärer går att skydda på annat sätt, likaså minoritetsaktieägare. Dock finns det fortfarande starka argument för att ett förvärvslåneförbud skall finnas kvar, inte minst ur borgenärernas perspektiv.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1973:93

Prop. 1975:103

Prop. 1977/78:41

Prop. 2004/05:85

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 77/91/EEG när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital SEK(2004) 1342 (framlagt av kommissionen (Brussels, 29.10.2004 COM(2004) 730 final 2004/0256 (COD)

Rådets andra direktiv 77/91/EEG

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/68/EG

Rättsfall

Högsta Domstolen

Regeringrätten

NJA 1951 s. 6 I

RÅ 1998 ref 9

NJA 1976 s. 618

NJA 1980 s. 311

NJA 1990 s. 343

NJA 1992 s. 717

NJA 1995 s. 418

NJA 1999 s. 426

Utredningar

Justitiedepartementet, Promemoria – Några frågor med anledning av ändringarna i kapitaldirektivet, 23 januari 2007.

Skatteverkets skrivelse 2004-10-11 (dnr 130 575098-04/111)

Litteratur & artiklar

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, femte upplagan, LitteraturCompagniet AB, Stockholm 2005.

Andersson, Jan, *Om vinstutdelning från aktiebolag. En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1995.

Andersson, Sten, Johansson, Svante och Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen – En kommentar, Del II 10-19 kapitlet*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2004.

Andersson, Sten, Johansson, Svante och Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen – En kommentar, Del II. 11-22 kapitlet*, Författarna och Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.

Grosskopf, Göran, *Begreppet penninglån vid aktieförvärv*, Festskrift till Jan Sandström, Nerenius & Santérus Förlag AB, Göteborg 1997.

Grosskopf, Göran, *Vinstbolag: aktiebolags- och skatterättsliga frågor*, Snogeholms utbildnings AB, Malmö 1989.

Hemström, Carl, *Bolagens rättsliga ställning, Om enkla bolag, handelsbolag, kommanditbolag och aktiebolag*, femte upplagan, Norstedts Juridik AB, Göteborg 2002.

Johansson, Svante, *Nials Svensk associationsrätt i huvuddrag*, åttonde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2004.

Lau Hansen, Jesper, *Nordic Company Law – the Regulation of Public Companies in Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag - Djøf Publishing, Köpenhamn 2003.

Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*, sjätte upplagan, Norstedts Juridik AB, Göteborg 2003.

Lindskog, Stefan, *Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation*, andra upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1995.

Lindskog, Stefan, SvJT 1992 nr 2

Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet*, Juristförlaget JF AB, Stockholm 1994.

Posselius, Elisabet, Grosskopf, Göran, Gometz, Ulf och Huldén, Lennart, *Skyddet för aktiebolagets*

egna kapital, fjärde reviderade upplagan, Skriftserien Nr 43/00, Ernst & Young, Stockholm 2000.
Sandström, Torsten, *Svensk Aktiebolagsrätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.
Skog, Rolf, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, tjugoförsta upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.

Bilaga 1

Uddrag ur den danske aktiebolagslagen:

Bekendtgørelse af lov om aktieselskaber (LBK nr 649 af 15/06/2006)

§ 115. Et selskab må ikke yde lån til eller stille sikkerhed for aktionærer, anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller et moderselskab til dette. Et selskab må heller ikke yde lån til eller stille sikkerhed for den, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. pkt., ved ægteskab eller ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linie, eller som på anden måde står den pågældende særligt nær.

Stk. 2. Et selskab må ikke yde lån til finansiering af erhvervelse af aktier i selskabet eller aktier eller anparter i dets moderselskab. Et selskab må heller ikke stille midler til rådighed eller sikkerhed i forbindelse med sådan erhvervelse.

Stk. 3. Sikkerhedsstillelse i strid med stk. 1 og 2 er dog bindende, hvis medkontrahenten ikke havde kendskab til, at sikkerheden var stillet i strid med disse bestemmelser.

Stk. 4. Udbetalinger fra selskabet, der er foretaget i forbindelse med dispositioner i strid med stk. 1 og 2, skal tilbageføres tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

Stk. 5. Kan tilbagebetaling og ophør af sikkerhedsstillelse ikke finde sted, indestår de, der har truffet eller opretholdt dispositionerne efter stk. 1 og 2, for selskabets tab.

§ 115 a. § 115, stk. 1, 1. pkt., finder ikke anvendelse på lån til et moderselskab og sikkerhedsstillelse for et moderselskabs forpligtelser.

Stk. 2. § 115, stk. 1 og 2, finder ikke anvendelse på dispositioner foretaget med henblik på erhvervelse af aktier af eller til medarbejderne i selskabet eller i et datterselskab. Selskabet må kun anvende beløb hertil i det omfang, hvori selskabets egenkapital overstiger det beløb, der ikke kan anvendes til uddeling af udbytte.

Stk. 3. I bestyrelsens protokol skal der gøres bemærkning om enhver disposition i medfør af stk. 2. På dispositioner foretaget i strid med stk. 2 finder § 115, stk. 3 - 5, tilsvarende anvendelse.

Stk. 4. § 115, stk. 1 og 2, finder ikke anvendelse på pengeinstitutter og på realkreditlån ydet af et realkreditinstitut.

Bilaga 2

Utdrag ur den norske aktiebolagslagen:

Lov om allmennaksjeselskaper (1997-06-13 nr 45)

Kapittel 8. Utdeling av utbytte og annen anvendelse av selskapets midler

I. Utbytte og konsernbidrag

§ 8-1. *Hva kan utdeles som utbytte*

(1) Som utbytte kan bare deles ut årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital etter fradrag for

1. udekket underskudd;
2. balanseført forskning og utvikling, goodwill og netto utsatt skattefordel;
3. den samlede pålydende verdi av egne aksjer som selskapet har ervervet til eie eller pant i tidligere regnskapsår, og kreditt og sikkerhetsstillelse etter §§ 8-7 til 8-9 som etter disse bestemmelsene skal ligge innenfor rammen av fri egenkapital;
4. den del av årsoverskuddet som etter lov eller vedtekter skal avsettes til et bundet fond eller ikke kan utdeles som utbytte.

(2) Selskapet kan ikke utdele utbytte dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen, uten å følge en fremgangsmåte som fastsatt i §§ 12-4 og 12-6 for nedsetting av aksjekapitalen.

(3) Egenkapital som kan utdeles som utbytte etter første og annet ledd uten å følge fremgangsmåten etter §§ 12-4 og 12-6, regnes som selskapets frie egenkapital.

(4) Det kan ikke i noe tilfelle besluttes utdelt mer enn forenlig med forsiktig og god forretningsskikk, under tilbørlig hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balansedagen, eller som må forventes å ville inntreffe.

(5) Ved beregningen av fri egenkapital kommer kreditt til en aksjeeier ikke til fradrag etter første ledd nr 3 i den grad kreditten avvikles ved at det foretas en avregning i utbyttet.

Endret ved lover 26 juni 1998 nr. 46, 2 juli 1999 nr. 59 (i kraft 1 aug 1999 iflg. res. 2 juli 1999 nr. 715), 15 des 2006 nr. 88 (i kraft 1 jan 2007 iflg. res. 15 des 2006 nr. 1432).

§ 8-2. *Beslutning om utbytte*

Beslutning om utdeling av utbytte treffes av generalforsamlingen etter at styret har lagt frem forslag om utdeling eller annen anvendelse av overskudd. Har selskapet bedriftsforsamling, kan det bestemmes i vedtektene at beslutning om utdeling av utbytte skal treffes av bedriftsforsamlingen med forbehold for generalforsamlingens fastsetting av årsregnskapet og årsberetningen. Det kan ikke besluttes utdelt høyere utbytte enn styret har foreslått eller godtar. Innenfor rammene av styrets forslag kan bedriftsforsamlingen fastsette det høyeste beløpet som kan utdeles som utbytte.

Endret ved lov 26 juni 1998 nr. 46.

§ 8-3. *Utbetaling av utbytte*

(1) Utbyttet tilfaller de aksjeeiere som er aksjeeiere på det tidspunktet beslutningen treffes, om

ikke noe annet fremgår av beslutningen.

(2) Retten til utbytte kan ikke skilles fra eierretten for lenger tid enn to år.

(3) Utbetalingsdagen kan ikke settes senere enn seks måneder etter beslutningen.

§ 8-5. Konsernbidrag

(1) Selskapet kan utdele konsernbidrag til annet konsernselskap, jf. skatteloven §§ 10-2 til 10-4.

(2) Bestemmelsene i §§ 8-1 til 8-4 gjelder tilsvarende for utdeling av konsernbidrag. Summen av utbytte og konsernbidrag kan i et enkelt år ikke overstige grensen etter § 8-1.

Endret ved lov 26 mars 1999 nr. 14 (i kraft 1 jan 2000).

III. Kreditt og sikkerhetsstillelse mv

§ 8-7. Kreditt til aksjeeiere mv

(1) Selskapet kan bare gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for en aksjeeier eller noen av aksjeeierens nærstående innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte, og bare når det stilles betryggende sikkerhet for kravet på tilbakebetaling eller tilbakesøking.

(2) Forbudet i første ledd gjelder tilsvarende ved kreditt til eller sikkerhetsstillelse til fordel for en aksje- eller andelseier i annet selskap i samme konsern eller noen av dennes nærstående.

(3) Forbudet i første og annet ledd gjelder ikke

1. kreditt med vanlig løpetid i forbindelse med forretningsavtaler;
2. kreditt eller sikkerhet til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern.

(4) Forbudet i første og annet ledd er ikke til hinder for at et datterselskap deltar i en konsernkontoordning sammen med andre selskaper i konsernet (jf. § 1-4 annet ledd første punktum), dersom midlene på kontiene bare brukes i konsernets virksomhet. Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses som en konsernkontoordning.

(5) Tredje ledd nr 2 gjelder tilsvarende når et boligbyggelag har bestemmende innflytelse som nevnt i § 1-3 i selskapet.

Endret ved lover 21 juni 2002 nr. 43 (i kraft 1 juli 2002 iflg. res. 21 juni 2002 nr. 569), 25 april 2003 nr. 25 (i kraft 25 april 2003 iflg. res. 25 april 2003 nr. 487).

§ 8-8. Kreditt til ansatt som er aksjeeier mv

(1) Bestemmelsene i § 8-7 er ikke til hinder for at selskapet gir kreditt til eller stiller sikkerhet til fordel for en aksje- eller andelseier eller noen av dennes nærstående når

1. skyldneren er ansatt i hovedstilling i selskapet eller i et annet selskap i samme konsern, og
2. kreditten ytes i samsvar med det som er vanlig ved finansiell bistand til ansatte.

(2) Første ledd gjelder ikke dersom aksjeeieren eier mer enn en prosent av aksjekapitalen i selskapet eller i et annet selskap i samme konsern. Like med aksjeeierens egne aksjer regnes her aksjer som eies av aksjeeierens personlig nærstående.

§ 8-9. Kreditt til tillitsvalgte mv

(1) Bestemmelsene i § 8-7 gjelder tilsvarende for selskapets adgang til å gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for et styremedlem, daglig leder eller et medlem av bedriftsforsamlingen i selskapet eller i annet selskap i samme konsern, eller noen av disses nærstående.

(2) Første ledd er ikke til hinder for at selskapet gir kreditt til eller stiller sikkerhet til fordel for en ansatt eller noen av den ansattes nærstående når

1. den ansatte er valgt som de ansattes representant i styret eller bedriftsforsamlingen etter regler i loven her eller i vedtektsbestemmelsene, og
2. skyldneren er ansatt i hovedstilling i selskapet eller i et annet selskap i samme konsern, og
3. kreditten ytes i samsvar med det som er vanlig ved finansiell bistand til ansatte.

§ 8-10. Kreditt til erverv av aksjer mv

(1) Selskapet kan ikke stille midler til rådighet eller yte lån eller stille sikkerhet i forbindelse med erverv av aksjer eller rett til aksjer i selskapet eller selskapets morselskap.

(2) Kongen kan ved forskrift eller enkeltvedtak gjøre unntak fra første ledd for erverv av aksjer av eller for ansatte i selskapet eller i selskapets morselskap.

Endret ved lover 26 juni 1998 nr. 46, 15 des 2006 nr. 88 (i kraft 1 jan 2007 iflg. res. 15 des 2006 nr. 1432).

§ 8-11. Ulovlig kreditt og sikkerhetsstillelse mv

(1) Har selskapet gitt kreditt eller for øvrig handlet i strid med reglene i §§ 8-7 til 8-10, er disposisjonen ugyldig. Er det stilt sikkerhet, kan ugyldighet likevel ikke gjøres gjeldende overfor en medkontrahent som var i aktsom god tro da sikkerheten ble stilt.

(2) Midler som er overført fra selskapet, eller et beløp tilsvarende verdien av midlene, skal straks føres tilbake til selskapet. Den som på selskapets vegne har foretatt eller godkjent en ulovlig disposisjon, er ansvarlig etter reglene i § 3-7 annet ledd.