

Refinansiering av förvärvslån vid fastighetsbolagsköp

**- En aktiebolagsrättslig problematisering ur
en långivande banks perspektiv**

Andrée Briland

Kandidatuppsats i handelsrätt
Aktiebolagsrätt
VT2012

Handledare
Krister Moberg



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	10
1.1 Ämne och bakgrund	10
1.2 Syfte och frågeställning.....	11
1.3 Metod och material	11
1.4 Avgränsningar	12
1.5 Disposition	12
2. Förvärslåneförbud och värdeöverföringar enligt ABL.....	15
2.1 Syftet med förbuden	15
2.2 Generella låneförbudet	16
2.2.1 Allmänt om generella låneförbudet	16
2.3 Förvärslåneförbudet	16
2.3.1 Allmänt om förvärslåneförbudet.....	16
2.3.2 Sanktioner vid överträdelse av förvärslåneförbudet	17
2.3.2.1 Straff	17
2.3.2.2 Skadestånd	17
2.3.2.3 Ogiltighet	17
2.4 Värdeöverföring	18
2.4.1 Allmänt om värdeöverföringar	18
2.4.2 Sanktioner vid olaglig värdeöverföring	19
2.4.2.1 Återbäringsplikt	19
2.4.2.2 Bristtäckningsansvar.....	20
3. Bankfinansiering vid förvärv av fastighetsbolag	21
3.1 Allmänt om bankfinansiering och fastighetsförvärv	21
3.1.1 Bankens utgångspunkt vid kreditgivning	21
3.2 Två förekommande alternativ	22

3.2.1	Fusion.....	22
3.2.2	Refinansiering	22
3.2.2.1	Problem vid refinansiering	23
4.	Utgör lånet till bolag A en överträdelse av förvärvslåneförbudet?.....	25
4.1	Lån som lämnas efter fullbordat aktieförvärv	25
4.1.1	Refinansieringsupplägget koppling till lån som lämnas efter fullbordat aktieförvärv	26
4.2	Avgörande omständigheter	26
4.2.1	Seriös kreditgivning och reell kreditrisk.....	26
4.2.2	Muntlig eller skriftlig överenskommelse	27
4.2.3	Reglera krediten på annat sätt.....	28
4.2.4	Underförstått syfte	28
4.3	Är lånet mellan bolag B och bolag A förbjudet?	28
4.4	Hur drabbas banken om lånet är förbjudet?	30
4.4.1	Har banken eller banktjänsteman straffansvar?	30
4.4.2	Kan banken bli skadeståndsskyldig?	31
4.4.3	Hur påverkar ogiltighet banken?.....	32
5.	Utgör lånet till bolag A en olaglig värdeöverföring?	34
5.1	Allmänt om olaglig värdeöverföring.....	34
5.1.1	Refinansieringsuppläggets koppling till olaglig värdeöverföring ...	34
5.2	Bedömning om en förtäckt värdeöverföring föreligger	35
5.2.1	Solvensprövning	35
5.2.2	Affärsmässiga villkor.....	36
5.3	Föreligger en olaglig förtäckt värdeöverföring?	37
5.3.1	Beloppsspärren och försiktighetsregeln.....	37
5.4	Är lånet mellan bolag B och bolag A en olaglig värdeöverföring?	37
5.5	Kan banken drabbas om lånet är en olaglig värdeöverföring?.....	38
5.5.1	Kan banken ha en återbäringsplikt?.....	38
5.5.2	Kan banken ha ett bristtäckningsansvar?.....	40
6.	Sammanfattande synpunkter.....	42

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar de problem en långivande bank ställs inför i samband med refinansiering av ett förvärvslån när en kund, här ett aktiebolag, ska förvärva en fastighet förpackad i ett aktiebolag.

Tillvägagångssättet bygger på att det förvärvande bolaget upptar ett lån, in blanco, från banken för att förvärva aktierna i bolaget som fastigheten ligger i. Efter förvärvet upptar det förvärvade bolaget ett lån från banken med fastigheten som säkerhet. De, från banken, upplånade medlen lånas sedan ut till det förvärvande bolaget så att förvärvslånet regleras. På så sätt har det ursprungliga förvärvslånet refinansierats och ligger nu i det förvärvade bolaget, fastighetsbolaget.

I samband med lånet mellan fastighetsbolaget och det förvärvande bolaget uppstår potentiellt två aktiebolagsrättsliga problem vars sanktioner banken riskerar att drabbas av.

Det första problemet rör förvärvslåneförbudet, vilket syftar till att skydda bolag från att förvärfas med deras egna medel. Om lånet mellan fastighetsbolaget och det förvärvande bolag ställs i för nära anslutning till förvärvet av fastighetsbolaget finns en risk att detta utgör en överträdelse av förvärvslåneförbudet. De sanktioner som är förknippade med detta förbud är straff, skadestånd samt ogiltighet.

Det andra problemet handlar om att samma lån, dvs. lånet mellan fastighetsbolaget och det förvärvande bolaget kan utgöra en förtäckt värdeöverföring. Detta utgör inget bekymmer för banken, men, om fastighetsbolaget efter den förtäckta värdeöverföringen inte har full teckning för sitt bundna egna kapital blir värdeöverföringen olaglig. Detta utgör ett desto större problem för banken. Sanktionerna medför i första hand en återbäringsplikt och i andra hand ett ansvar att täcka upp eventuell brist. Det visar sig risken för att banken ska träffas av återbäringsplikten är stor då det de facto är banken som anses vara mottagare av den olagliga värdeöverföringen i och med att banken tillgodogör sig värdeöverföringen genom att reglera det förvärvande bolagets lån.

Banken måste vid sin kreditprövning göra en ingående analys av de båda bolagen för att på så sätt säkerställa att något av förbuden vid ett senare tillfälle inte kan anses ha överträtts. Vidare bidrar förvärvslåneförbudet till en onödig osäkerhet kring refinansieringsupplägget eftersom syftet inte är att förvärva ett bolag med dess egna medel, syftet är att förvärva en fastighet.

Summary

This thesis focuses on what problems a debt giving bank faces when refinancing an acquisition debt when their corporate customer, a limited company, acquire a real estate packaged in a limited company.

The procedure is based on the following transactions. The acquiring company receives a debt from the bank, without any security, to acquire the shares in the company in which the real estate is packaged. The acquired company will, after the acquisition, receive a debt from the bank by providing the real estate as a security. The debt funding is lent to the acquiring company to amortize the initial acquisition debt. In this way, the initial acquisition debt has been refinanced and the debt is now in the acquired company.

When the acquired company is lending money to the acquiring company two problems potentially occur according to Swedish company law, problems which can affect the bank negatively.

The first problem relates to the Swedish prohibition on loans for corporate acquisitions, whose purpose is to protect companies from acquisitions financed with the acquired company's own capital. There is a risk of violating the ban if the debt from the acquired company to the acquiring company is given too close to the acquisition. The sanctions associated with the ban are fines or prison, indemnity and nullity.

The second problem relates to the same transaction as above, as it can be a covert value transfer. The covert value transfer is not a problem for the bank, but, if the acquired company after the transaction doesn't have cover for its bounded equity the transaction is an illegal value transfer. The sanctions associated with the illegal value transfers obligate the receiver to refund the value. There is a significant risk that the bank will be considered to be the receiver, not the acquiring company, and therefore has to refund the value. In case that the bank is not considered as the receiver the bank will probably be obligated to cover any deficiency.

When analyzing the companies involved in this type of acquisition, before any debt been granted, the bank has to make sure that none of the prohibitions later will be violated. The Swedish prohibition on loans for corporate acquisitions contributes to unjustified precariousness for all of the involved parties. The purpose of the concept of refinancing is not to acquire a company with its own resources; the purpose is to acquire a real estate.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (SFS 2005:551)
BoF	Lag om bank- och finansieringsrörelse (SFS 2004:297)
BrB	Brottsbalk (SFS 1962:700)
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd. I
Prop.	Proposition
RL	Rättelag (SFS 1975:635)
SFS	Svensk Författningssamling

1. Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

När en bank har en företagskund, företrädesvis ett aktiebolag, som vill förvärva en fastighet är fastigheten inte sällan förpackad i ett aktiebolag. Anledningen till att fastigheten förpackas i ett aktiebolag är att förfarandet ofta blir billigare för både köpare och säljare. Förfarandet innebär i själva verket endast en aktieöverlåtelse mellan säljare och köpare istället för en fastighetsöverlåtelse. Den lagfarna ägaren blir därmed den samma även efter förvärvet. Genom detta tillvägagångssätt undgår köparen därför lagfartskostnader, vilket för juridiska personer uppgår till 4,25 % av det högsta av köpeskillingen och taxeringsvärdet.¹

I samband med förvärvet behöver köparen ofta låna pengar av banken. Bankens utgångspunkt är att erhålla fullgod säkerhet för lånet. Generellt sett utgör fastigheter en sådan fullgod säkerhet som banken kräver. Enligt 21 kap. 5 § ABL framgår att ett bolag inte får lämna lån eller ställa säkerhet i syfte att gäldenären ska förvärva aktier i det långivande bolaget. Denna bestämmelse utgör det förbud som allmänt benämns som förvärvslåneförbudet. Detta innebär således att banken inte kan få fastigheten som säkerhet för lånet förrän efter förvärvet.

Det finns nu två vanligt förekommande finansieringsalternativ, fusion samt refinansiering, som banken förespråkar. Fusion kan kortfattat förklaras som att det förvärvande bolaget och det förvärvade bolaget en tid efter genomfört förvärv fusionerar med varandra varpå banken efter fusionen erhåller fastigheten som säkerhet för det förvärvande bolagets lån. Efter fusionen finns lånet och fastigheten i samma bolag varpå en överträdelse av förvärvslåneförbudet ej har skett. Senare i denna uppsats förklaras fusionsalternativet mer ingående.

Nu förefaller situationen sig så att det förvärvande bolaget inte alltid vill fusionera, utan föredrar istället att fastigheten ligger kvar i ett separat bolag för att förenkla en senare försäljning. Då finns istället möjligheten att tillämpa refinansieringsalternativet. Detta upplägg innebär kortfattat att förvärvande bolaget upptar ett lån från banken och betalar säljaren köpeskillingen för aktierna. En tid efter aktieförvärvet upptar det förvärvade bolaget ett lån från banken på motsvarande belopp som köpeskillingen, men med fastigheten som säkerhet. Dessa pengar lånas ut till det förvärvande bolaget, varpå det ursprungliga förvärvslånet löses. På så sätt har man nu refinansierat förvärvslånet och samlat lån och säkerhet i samma bolag, dvs. i det förvärvade bolaget.

Under vissa omständigheter kan dock lånet som lämnas till det förvärvande bolaget för att lösa det ursprungliga förvärvslånet till banken anses utgöra en överträdelse av

¹ Enligt uppgift från Lantmäteriets hemsida

förvärvslåneförbudet, enligt 21 kap. 5 § ABL. Det kan med andra ord anses att bolaget där fastigheten ligger har förvärvats med dess egna medel. Dessutom kan samma transaktion i vissa fall utgöra förtäckt värdeöverföring, enligt 17 kap. 1 § 4 p. ABL. Om det dessutom efter transaktionen inte finns full täckning för det förvärvade bolagets bundna egna kapital är värdeöverföringen att uppfatta som en olaglig förtäckt värdeöverföring.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att, ur en kreditgivande banks perspektiv ge en aktiebolagsrättslig kartläggning av de problem som förekommer vid ovan nämnda refinansieringsupplägg.

Jag vill således undersöka under vilka förutsättningar det är möjligt att refinansiera förvärvskrediten och således även när detta inte är möjligt. Vidare vill jag förklara de sanktioner som är förknippade med en överträdelse av förvärvslåneförbudet samt en olaglig förtäckt värdeöverföring med utgångspunkt på hur banken kan träffas av dessa sanktioner.

Följande frågor blir därför nödvändiga att besvara;

- När sker en överträdelse av förvärvslåneförbudet och har detta skett i samband med refinansieringsupplägget?
- Hur drabbas banken om lånet är förbjudet?
- Är lånet en olaglig förtäckt värdeöverföring?
- Hur drabbas banken om lånet är en olaglig förtäckt värdeöverföring?

1.3 Metod och material

Inom rättsvetenskapen tillämpas, enligt Sandgren, vanligtvis en av följande tre metoder.² Först kommer *rättskällevärdet* vilken syftar till att utifrån gällande rätt tillämpa de rättskällor som ska, bör och får behandlas.³ Därefter kommer *juridisk metod* med vilken det åsyftas att författaren utgår från rättskällevärdet för att sedan knyta dessa till relevanta fakta, dvs. ett något vidare spektra än enbart rättskällevärdet.⁴ Den tredje metoden är *rättsvetenskaplig metod* vilken i grunden bygger på rättskällevärdet men där en djupare bearbetning av materialet och argumentation utgör de viktigaste bitarna.⁵

² Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation, 2006, s. 36

³ Sandgren, s. 36

⁴ Ibid, s. 37ff.

⁵ Ibid, s. 39

Min uppsats är baserad på traditionell juridisk metod där rättskälleläran, dvs. lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin, tillsammans med arbetet att tillämpa dessa rättskällor på en faktisk situation utgör grunden i metoden.⁶

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen baseras på gällande svensk rätt, med andra ord tas här ej hänsyn till utländsk rätt. Det torde bli en allt för omfattande uppgift om så skulle göras. Vidare antas att bolagen som beskrivs i refinansieringsupplägget är svenska aktiebolag varpå svensk rätt därför blir tillämplig.

En viktig avgränsning är den att uppsatsen enbart speglar den kreditgivande bankens perspektiv. I vissa fall måste situationer sättas i ett sammanhang som faller utanför bankens perspektiv. Den grundläggande utgångspunkten är dock att undersöka hur banken ska förhålla sig till förvärvslåneförbudet och värdeöverföringsproblematiken. Av denna anledning ges därför de bolag med tillhörande bolagsfunktionärer som är involverade i refinansieringsupplägget förhållandevis lite utrymme i samband med diskussionen om vilka sanktioner som träffar den som överträder något av förbuden.

Förutom fusion och refinansiering finns andra förekommande finansieringsupplägg för att kringgå förvärvslåneförbudet. Refinansieringsupplägget kan exempelvis varieras så att istället för att det förvärvade bolaget ställer ut ett lån till förvärvaren för att reglera förvärvslånet gentemot banken så hade det förvärvade bolaget kunnat ställa fastigheten som säkerhet för förvärvarens lån mot banken, dvs. ställa säkerhet till tredje man. Detta är de facto förekommande. Av avgränsningsskäl har jag valt att inte fördjupa mig mer i dessa alternativa finansieringsupplägg utan istället valt att endast behandla det som av branschbedömare anses vara det vanligast förekommande upplägget.

Vidare har jag valt att utgå från situationen där en fastighet finns i det förvärvade bolaget. Så behöver nödvändigtvis inte vara fallet. Anledningen till att jag dock har valt att beskriva refinansieringsupplägget i samband med att det förvärvade bolaget innehåller en fastighet är på grund av att denna typ av förvärv utgör en stor del av de bolagsförvärv som sker.

1.5 Disposition

Jag har valt att använda mig av en transaktionsbaserad disposition. Med detta menas att de problem och frågor som uppstår i samband med refinansieringsupplägget avhandlas i uppsatsen i takt med de transaktioner som refinansieringsupplägget bygger på sker.

Uppsatsen består av total sex kapitel där jag i kapitel 1 redogör för uppsatsens ämne, syfte, metodologiska överväganden och avgränsningar. I kapitel 2 ger jag läsaren en redogörelse för förvärvslåneförbudet samt värdeöverföringsbegreppet med tillhörande sanktioner om en överträdelse av dessa skulle ske. I kapitel 3 ger jag en kort bakgrund till mitt specifika fall rörande refinansieringsupplägget, hur tillvägagångssättet ser ut och vilka problem som detta medför. I kapitel 4 görs sedan gällande om, och under vilka

⁶ Sandgren, s. 38

förutsättningen en överträdelse av förvärvslåneförbudet har skett och hur detta kan drabba banken. I kapitel 5 gör jag motsvarande utredning med utgångspunkt på om det föreligger en olaglig förtäckt värdeöverföring. I det sista kapitlet ges sammanfattande synpunkter och tankar kring refinansieringsupplägget med tillhörande problem.

2. Förvärvslåneförbud och värdeöverföringar enligt ABL

I detta kapitel ges en redogörelse för låneförbuden enligt ABL, med tonvikt på förvärvslåneförbudet med tillhörande sanktioner vid dess överträdelse. Vidare ges även en redogörelse för när en värdeöverföring räknas som en förtäckt sådan och under vilka omständigheter den sedermera blir olaglig. Även här redogörs för vilka sanktioner som kan tänkas bli tillämpliga vid en överträdelse av förbudet.

2.1 Syftet med förbuden

Aktiebolagslagens regler om förbud mot lån när transaktionen sker i ett visst syfte samt dess regler kring värdeöverföringar, vilka framgår av 21 kap. respektive 17 kap. ABL, tar sin främsta utgångspunkt i lagens kapital- och borgenärsskyddsregler.⁷ Borgenärsskyddet bygger på att beskydd bolagets bundna egna kapital⁸. Detta går även i samma linje som kapitalskyddet, vilket syftar till att säkra bolagets förmögenhet vid dess bildning samt kommande emissioner.⁹ Eftersom aktieägarna förfogar över kapitalet måste det därför finnas regler som skapar en trygghet för borgenären. På samma sätt måste det finnas regler som skyddar bolaget som självständigt rättssubjekt. Vidare finns det, med avseende på värdeöverföringsproblematiken, dessutom inslag av minoritetsskydd som i sin tur bygger på att ge de mindre aktieägarna en rimlig möjlighet till påverkan av bolagets fria kapital.¹⁰ Att minoritetsägare de facto behöver ett särskilt skydd bygger på problematiken kring att de annars kan utmanövreras av större ägare. Därför krävs att alla aktieägare samfällt måste godkänna en värdeöverföring.¹¹

Reglerna kring de förbjudna lånen delas upp i två bestämmelser. Det första förbudet är ett generellt låneförbud och det andra förbudet är ett särskilt låneförbud. Det senare förbudet benämns även förvärvslåneförbudet.

⁷ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 2010, s. 317

⁸ Ibid, s. 17

⁹ Ibid, s. 317

¹⁰ Ibid, s. 293

¹¹ Ibid, s. 293

2.2 Generella låneförbudet

2.2.1 Allmänt om generella låneförbudet

Det generella låneförbudet framgår av 21 kap. 1 § samt 3 § ABL. Av 1 § framgår att ett aktiebolag inte får lämna penninglån till den som äger aktier i bolaget eller till bolag i samma koncern. Av samma förbud omfattas även styrelseledamot samt verkställande direktör. Härutöver omfattas även den som är gift, sambo eller släkting med någon av ovanstående. I 21 kap. 3 § ABL görs ett förtydligande som säger att lån enligt 21 kap. 1 § ABL motsatsvis även gäller för ställande av säkerhet. Detta gäller under förutsättning att ställandet av säkerhet kan karaktäriseras som substitut för ett i stället givet lån.¹² Av denna anledning kan därför pant och borgen räknas till det generella låneförbudet.

Syftet med förbudet är tvådelat. Å ena sida avser lagstiftaren att genom det generella låneförbudet motverka skatteflykt. Detta genom att aktieägare och andra närstående upptar lån från bolaget för privat konsumtion.¹³ Enligt vad som anförs vidare gäller att förbudet även har ett syfte som borgenärsskydd. Detta genom att det, som Sandström menar, inte bör vara överensstämmande med grunderna för ABL att ett aktiebolags bundna egna kapital helt eller till viss del ska kunna balanseras av en fordran på en aktieägare. Det måste finnas en tydlig skiljelinje mellan aktieägarens och bolagets ekonomi, vilket dessutom bör anses vara det mest grundläggande för aktiebolaget som bolagsform.¹⁴

I 21 kap. 2 § ABL ges undantag till ovan stadgade generella låneförbud. Undantagsregeln säger bland annat att bestämmelserna om förbjudna lån till närstående, enligt 21 kap. 1 § och 3 § ABL, inte gäller om gäldenären är en kommun eller landsting, om gäldenären är ett företag i en koncern i vilket det långgivande bolaget ingår, om lånet uteslutande är till för gäldenärens rörelse och bolag lämnar lånet av rent affärsmässiga skäl eller om lånet tas upp av Riksgäldskontoret. Det undantag som i sammanhanget för denna uppsats är mest relevant är det så kallade koncernundantaget rörande koncernlån. Lagregeln, 21 kap. 2 § 2 p. ABL säger att om gäldenären är ett företag i en koncern i vilket det långgivande bolaget ingår så gäller inte det generella låneförbudet, under förutsättning att moderbolaget i koncernen är ett svenskt aktiebolag.

2.3 Förvärvslåneförbudet

2.3.1 Allmänt om förvärvslåneförbudet

I 21 kap. 5 § ABL regleras det särskilda låneförbudet, vidare kallat förvärvslåneförbudet. Av lagtexten framgår att ett aktiebolag inte får ge överskott, lämna lån eller ställa säkerhet för lån i syfte att gäldenären eller honom närstående fysisk eller juridisk person som avses i 21 kap. 1 § ABL skall förvärva aktier i bolaget eller överordnat bolag i samma koncern. Förvärvslåneförbudet fungerar som komplement till det generella

¹² Nerep & Samuelsson, Aktiebolagslagen en lag kommentar kapitel 11-22, 2009, s. 406

¹³ Ibid, s. 395

¹⁴ Sandström, s. 322

låneförbudet genom att utvidga dess omfattning till att även förbjuda lån som sker i syfte att förvärva aktier i det långivande bolaget.¹⁵ Syftet med förbudet är att säkerställa att ett bolag inte förvärvas med dess egna medel och till följd av detta riskerar att få sitt egna kapital urholkat.¹⁶ Förbudet härstammar från EU:s andra bolagsrättsliga direktiv artikel 23:1 vilket har fått den svenska lagstiftningen att bättre stämma överens med EU-lagstiftningen. Innebörden av förbudet har dessutom skärpts genom att den numera uttrycker ”lämna förskott” samt ”lämna lån”, till skillnad från tidigare uttrycket att ”lämna penninglån”.¹⁷

Grunden i denna lagregel är förhållandevis enkel att tillgodogöra sig. Dock förefaller det i många situationer problematiskt att avgöra hur lagregeln de facto ska tolkas. Av lagen framgår att förbudet blir tillämpligt när ett lån ställs ”i syfte att förvärva”. En fråga som uppstår i samband med tolkningen av detta uttryck är vad som gäller för lån som ställs efter förvärvet mellan det förvärvade bolaget och det förvärvande bolaget. Generellt sätt kan förvärvslåneförbudet skapa en ovisshet som inte är befogad. Dagligen sker transaktioner mellan bolag där syftet inte är fientligt men där det finns en risk att transaktionen träffas av rekvisiten kring förvärvslåneförbudet.

2.3.2 Sanktioner vid överträdelse av förvärvslåneförbudet

Om en lånetransaktion mellan två bolag alternativt ställande av säkerhet utgör en överträdelse av förvärvslåneförbudet finns det såväl straffrättsliga som civilrättsliga sanktioner som blir tillämpliga. Nedan förtydligas dessa sanktioner närmare.

2.3.2.1 Straff

I 30 kap. 1 § 4 p. ABL framgår att den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot 21 kap. 5 § ABL döms till böter eller fängelse i högst ett år. Av 30 kap. 1 § 4 st. framgår vidare att preskriptionstiden för detta brott uppgår till 5 år.

2.3.2.2 Skadestånd

I 29 kap. 1 § ABL görs gällande att en stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör som när han eller hon fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget ska ersätta skadan. Om någon av ovan nämnda personer medverkar till ett beslut om ett förbjudet lån alternativt ställande av säkerhet blir de därmed skadeståndsskyldiga enligt denna paragraf. Vidare kan även en aktieägare göra sig skyldig till skadestånd för överträdelse av förvärvslåneförbudet, enligt 29 kap. 3 § ABL. Även här gäller uppsåt eller grov oaktsamhet.¹⁸

2.3.2.3 Ogiltighet

De två sanktionerna ovan är straffrättsliga sådana. Den tredje och sista sanktionen vid överträdelse av förvärvslåneförbudet är av civilrättslig karaktär. I 21 kap. 11 § framgår att om ett aktiebolag har gett förskott eller lämnat lån i strid med bestämmelserna i 21 kap.,

¹⁵ Nerep & Samuelsson, s.427

¹⁶ Sandström, s. 323

¹⁷ Prop. 2004/05:85 s. 805 f.

¹⁸ Nerep & Samuelsson, s. 451

ska mottagaren återbära vad han eller hon uppburit. Har säkerhet ställts i strid mot bestämmelserna i 21 kap, gäller rättshandlingen inte mot bolaget, om bolaget visar att mottagaren av säkerheten insåg eller bort insåg att den var olaglig.

I tidigare aktiebolagslagstiftning har denna civila påföljd inte funnits med, varför det ter sig intressant att resonera kring vad lagstiftaren har för syfte med att införa en ogiltighetsregel. Resonemang om detta sker i senare kapitel.

Ogiltighet och återbäringsskyldighet inträffar vid överträdelse av såväl det generella låneförbudet som förvärvslåneförbudet när förskott eller lån lämnas, oavsett om mottagaren är i ond eller god tro. För ställande av säkerhet gäller att för dess ogiltighet krävs att mottagaren var i ond tro.¹⁹

2.4 Värdeöverföring

2.4.1 Allmänt om värdeöverföringar

Med begreppet värdeöverföring förstås enligt 17 kap. 1 § ABL vinstutdelning, förvärv av egna aktier, dock ej förvärv enligt 19 kap. 5 § ABL, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna samt annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär. I 17 kap. 2 § ABL framgår att tillåtna former av värdeöverföring är vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbäring till aktieägarna samt gåva enligt 5 §.

Värdeöverföringar från bolaget kan i ett första skede delas in i två kategorier, öppen respektive förtäckt utdelning/värdeöverföring. Den öppna värdeöverföringen syftar till sådan utdelning som avses i 18 kap. ABL där bolagsstämman beslutar om utdelningen enligt stadgat tillvägagångssätt. Den förtäckta värdeöverföringen syftar till former av värdeöverföringar som framgår av 17 kap. 1 § 4 p. ABL, dvs. affärshändelser som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har en rent affärsmässig karaktär.²⁰

Sandström ger en övergripande förklaring till värdeöverföringsproblematiken genom att dela in de fyra huvudområdena i boxar. Den första boxen syftar till att säkerställa huruvida den antagna rättshandlingen är en värdeöverföring eller inte. Den andra boxen är den ena av två hinder som värdeöverföringen måste passera för att räknas som lovlig, vilket i den andra boxen handlar om att bolagets bundna kapital måste vara täckt fullt ut efter transaktionen. Den tredje boxen tar upp om beslutet om värdeöverföringen har tillkommit i behörig ordning. Man tar här fasta på att utgångspunkten är att alla aktier ska behandlas lika. Om kriterierna i den andra eller tredje boxen ej är uppfyllda är värdeöverföringen en olaglig sådan. Då blir den fjärde boxen aktuell med de sanktioner

¹⁹ Nerep & Samuelsson, s. 451

²⁰ Sandström, s. 290

och påföljder för den/de som medverkat till eller mottagit den olagliga värdeöverföringen.²¹

Som Rodhe beskriver det bör man ha i åtanke att syftet med ett aktiebolags verksamhet är att bereda aktieägarna vinst. Detta medför att bolagsorganen endast får fatta beslut om sådana värdeöverföringar som är reglerade i lagen. Om ett sådant avsteg ska ske måste det finnas ett samtycke från samtliga aktieägare.²² Dock gäller att bolagets bundna kapital måste hållas intakt till skydd för bolagets borgenärer enligt 17 kap. 3 § ABL varpå alla aktieägarnas samtycke här inte spelar någon roll.

Viktigt är i detta sammanhang att göra en distinktion mellan värdeöverföring i aktiebolagsrättslig respektive skatterättslig mening. Detta på grund av att värdeöverföringar enligt aktiebolagsrätten syftar till en förmögenhet som lämnar bolaget, oberoende av vem mottagaren är. När man i en skatterättslig diskussion talar om värdeöverföringar så ligger fokus på den förmån som mottagaren av värdeöverföringen åtnjuter.

2.4.2 Sanktioner vid olaglig värdeöverföring

I aktiebolagslagen regleras de sanktioner och påföljder som blir aktuella om en värdeöverföring anses vara olaglig. Sanktionerna är av civilrättslig karaktär och utgörs i första hand av återbäringsplikt. Infrias inte denna kommer bristtäckningsansvaret att bli aktuellt för eventuell medverkande.

2.4.2.1 Återbäringsplikt

I 17 kap. 6 § ABL stadgas om återbäringsplikten vid en olaglig värdeöverföring. I första stycket anges att om en värdeöverföring har skett i strid mot bestämmelserna så ska mottagaren återbära vad han eller hon uppburit, om bolaget visar att han eller hon insåg eller bort inse att värdeöverföringen stod i strid mot denna lag. I det andra stycket gäller att om värdeöverföringen av sådan karaktär som avses i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL och inte är en gåva, är mottagaren återbäringskyldig om bolaget visar att han eller hon insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget.

I första stycket, som rör formenliga vinstutdelningar, krävs att värdeöverföringen skedde i strid med de formella bestämmelserna för vinstutdelning, enligt 17, 18 eller 20 kap. för att ondrosrekvisitet ska vara uppfyllt. För andra stycket gäller att värdeöverföringen enbart stått i strid med bestämmelserna i 17 kap. och den onda tron blir bara aktuell om en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL skett, dvs. annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.²³ Återbäringsplikten är vidare reglerad som ett mottagaransvar och ett mer utförligt resonemang kring återbäringsplikten görs i senare kapitel.

²¹ Samdström, s. 292 f.

²² Rodhe och Skog, Rodhes aktiebolagsrätt, 2011, s. 106

²³ Nerep & Samuelsson, s. 243

2.4.2.2 Bristtäckningsansvar

I 17 kap. 7 § ABL stadgas om bristtäckningsansvaret vid en olaglig värdeöverföring. I första stycket framgår att om det uppkommer någon brist vid återbäring enligt 6 § är de personer som har medverkat till beslutet om värdeöverföringen ansvariga för denna. Detsamma gäller om de som har medverkat till verkställandet av beslutet eller till upprättandet eller fastställandet av en oriktig balansräkning som har legat till grund för beslutet om värdeöverföring. I andra stycket förtydligas att för ansvar enligt första stycket förutsätts i fråga om styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, lekmannarevisor och särskild granskare, uppsåt eller oaktsamhet, och, i fråga om aktieägare och annan, uppsåt eller grov oaktsamhet. I det tredje stycket gäller att för brist som uppkommer vid återbäringen ansvarar även den som har tagit emot egendom från en person som avses i 6 § första stycket med vetskap om att den härrör från en värdeöverföring.

Från lagregeln utläses att det i första hand är bolagsfunktionärer som blir bristtäckningsansvariga. Utöver denna krets uttrycker lagen att aktieägare och annan även kan bli bristtäckningsansvariga. För att aktieägare eller annan ska hållas ansvarig krävs uppsåt eller grov oaktsamhet, medan det för bolagsfunktionärerna krävs uppsåt och oaktsamhet. Av vad som åsyftas med *annan* kan exempelvis en banktjänsteman som genom de råd han eller hon ger samt genom direkt medverkan till den olagliga värdeöverföringen omfattas av bristtäckningsansvar.²⁴

En vidare utveckling av de rekvisit som måste uppfyllas för att omfattas av detta medverkansansvar görs senare i denna uppsats.

²⁴ Nerep & Samuelsson, s. 262

3. Bankfinansiering vid förvärv av fastighetsbolag

I detta kapitel ges först en inblick i hur banker, enligt lag, måste förhålla sig vid dess kreditgivning. Därefter ges en mer ingående redogörelse för de två vanligt förekommande finansieringsuppläggen, med största fokus på refinansieringsupplägget och de problem som banken ställs inför i samband med sin kreditgivning.

3.1 Allmänt om bankfinansiering och fastighetsförvärv

En vanligt förekommande transaktion där svenska banker är involverade är när en kund förvärvar en fastighet. Vanligast är att privatpersoner köper fastigheter och att banken är med och finansierar köpet. Vid de transaktioner som avser förvärv av fastigheter för privat bruk och där köpet genomförs av en privatperson i syfte att skaffa sig en bostad är de juridiska problem som kan uppstå emellertid ganska begränsade. Annat blir fallet när en juridisk person ska förvärva en fastighet, särskilt om fastigheten ligger i ett aktiebolag. De delar av bankernas verksamhet som består av att betjäna privatpersoner är i många fall väldigt standardiserad. Om man istället ser till den del som rör bankernas företagsverksamhet så ser situationen något annorlunda ut. Här ser man istället att transaktionerna blir allt mer komplexa, många gånger på grund av ändrad lagstiftning, men också på grund av skattetekniska skäl. Det är också mot bakgrund av det sistnämnda som många fastighetsägare förpackar sina fastigheter i aktiebolag. Genom att fastigheter köps och säljs i aktiebolag så byter fastigheten aldrig ägare, det är samma aktiebolag som hela tiden äger fastigheten. Då det endast är aktierna som byter ägare så behöver köparen av aktierna aldrig betala någon stämpelskatt i form av lagfartskostnad, vilken för juridiska personer uppgår till 4,25 %, enligt ovan, av det högsta värdet av köpeskillingen eller taxeringsvärdet. Förfarandet vid köpet av aktierna blir billigare än om fastigheten förvärvas separat. Genom att både köpet och sedermera en eventuell försäljning blir billigare att genomföra om fastigheten ligger i ett aktiebolag så har detta, enligt bransch-kännare, genom åren blivit en vanligt förekommande transaktion.

3.1.1 Bankens utgångspunkt vid kreditgivning

I samband med bankens kreditgivning finns ett par lagstadganden som utgör grunden i bankens kreditgivningsprocess. I lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse(BoF), framgår av 8 kap. 1 § att kreditinstitut innan de beviljar en kredit måste pröva risken att de förpliktelser som följer av kreditavtalen inte fullgörs. Dessutom får ett kreditinstitut endast bevilja en kredit om förpliktelserna på goda grunder kan förväntas bli fullgjorda.

Vidare ska kreditinstitutets kreditprövning enligt dess 8 kap. 2 § BoF vara organiserad så den som fattar kreditbeslutet har tillräckligt beslutsunderlag för att bedöma risken med att bevilja krediten. Till sist framgår av 8 kap. 3 § BoF att ett kreditinstituts kreditbeslut ska dokumenteras så att beslutsunderlaget redovisas och att kreditärendets hantering även i övrigt kan följas. Ovan nämnda paragrafer gäller även för kreditliknande engagemang, enligt 8 kap. 4 § BoF.

Syftet med att här tydliggöra hur banker och övriga finansinstitut måste förhålla sig till sin kreditgivning och tillhörande dokumentation kommer att aktualiseras senare i denna uppsats.

3.2 Två förekommande alternativ

I samband med att en bank har en företagskund, i detta fall ett aktiebolag, som har för avsikt att förvärva aktierna i ett fastighetsbolag finns olika alternativ i samband med finansieringsprocessen i de fall där företagskunden har för avsikt att låna pengar i samband med förvärvet. Framförallt finns två väldigt vanligt förekommande finansieringslösningar, vilka i denna uppsats benämns som fusion samt refinansiering.

3.2.1 Fusion

I fusionsalternativet avser bolag A att förvärva aktierna i bolag B genom att bolag A upptar ett lån från banken. I bolag B finns en fastighet som bolag A vill förvärva. Strax efter förvärvet lämnar bolag A över aktierna i bolag B till banken som pant för lånet samt undertecknar en klausul om negativ pantförskrivning²⁵ samt fusion. Bolag A förbinder sig genom denna klausul att ej pantsätta fastigheten i bolag B samt att inom en viss tid fusionera bolagen så att lånet och fastigheten hamnar i samma bolag varpå säkerhet i form av pantbrev kan lämnas för förvärvslånet. Scenariot kan varieras utifrån de särskilda omständigheter som föreligger och tillvägagångssättet ovan illustrerar huvuddragen vid ett fusionsupplägg. Anledningen till att banken gärna föredrar detta alternativ är på grund av att man inte riskerar att inkräkta på området kring förbjudna lån och att banken på ett förhållandevis enkelt sätt kan tillgodogöra sig fastigheten som säkerhet för lånet till bolag A. Dock finns ett problem, det förvärvande bolaget vill inte alltid gå med på att fusionera. Med hänsyn till enkelheten med förfarandet att sälja en fastighet förpackad i ett aktiebolag föredrar många att inte fusionera och i stället låta fastigheten ligga kvar i det förvärvade bolaget med det förvärvande bolaget som moderbolag.

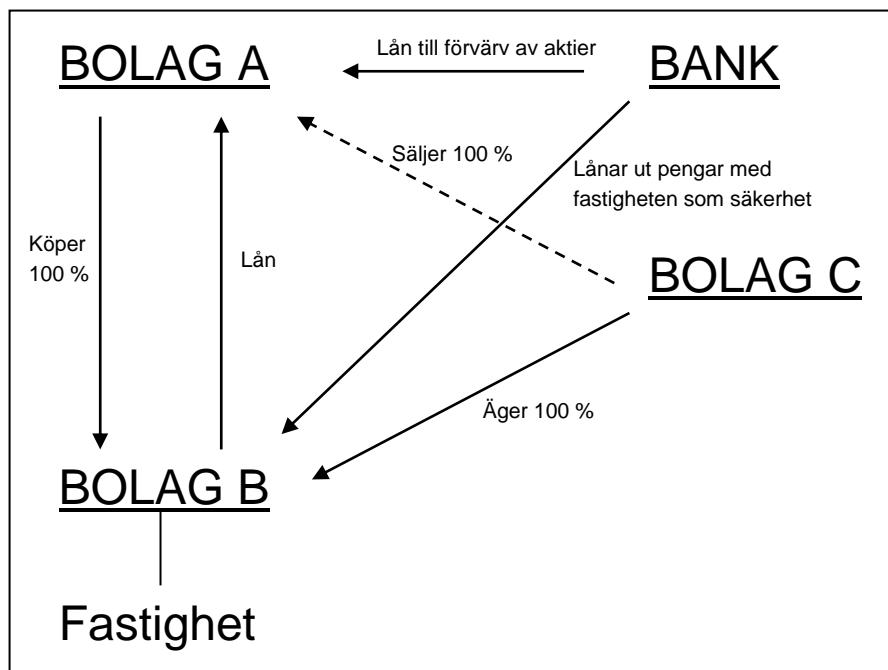
3.2.2 Refinansiering

Inte sällan händer det att aktiebolag som vill köpa en fastighet som är förpackad i ett aktiebolag inte vill fusionera med det förvärvade bolaget, som framgår ovan. Anledningen till detta är ofta att man inom en överskådlig framtid avser att sälja fastigheten varpå det ofta är enklare och förmånligare att sälja den i ett aktiebolag. Vidare kan det av andra skäl finnas anledning till att separera rörelsebolaget från dess fastighet. Ett vanligt förekommande sätt för att lösa detta kallas för refinansiering.

²⁵ En klausul om negativ pantförskrivning förbinder kredittagaren att inte pantsätta egendomen i bolaget till förmån för ytterligare parter

Refinansieringsupplägget bygger på att bolag A av bolag C förvärvar samtliga aktier i bolag B där fastigheten ligger. Bolag A upptar ett lån från banken för att betala bolag C för aktierna i bolag B. I samband med förvärvet av aktierna ställer bolag A aktierna i bolag B i pant hos banken som säkerhet för det nyss upptagna lånet. En viss tid efter aktieförvärvet upptar bolag B ett lån från banken med fastigheten som säkerhet. Dessa pengar lånar bolag B ut till bolag A (moderbolaget) där den ursprungliga förvärvskrediten ligger varpå bolag A sedermera löser förvärvslånet. Förvärvslånet har därmed refinansierats och ligger nu i bolag B och banken har fått fastigheten som säkerhet för sitt lån.

Följande figur illustrerar förfarandet.



3.2.2.1 Problem vid refinansiering

I samband med refinansieringsupplägget aktualiseras två intressanta problem som banken måste hantera. Det första problemet uppstår strax efter att bolag B upptar ett lån från banken med fastigheten som säkerhet för att lösa förvärvslånet i bolag A. När bolag B lånar ut dessa pengar till bolag A finns det en risk att detta inkräktar på området kring förbjudna lån enligt 21 kap. 5 § ABL, på grund av att det under vissa omständigheter, som senare i denna uppsats kommer att förklaras mer ingående, skulle kunna anses att bolag B har förvärvats med sina egna medel.

Nästa problem uppstår även detta i samband med att bolag B lånar ut pengar till bolag A för att lösa förvärvslånet. Vid utlåningstillfället kan det anses ha skett en förtäckt värdeöverföring från bolag B till bolag A, enligt 17 kap 1 § 4 p. ABL, om lånet inte uppfyller vissa krav om affärsmässig karaktär. Dessutom kan det under vissa förutsättningar anses att lånet utgör en olaglig förtäckt värdeöverföring, enligt vad som framgår av 17 kap. 3 § ABL. Om det till slut visas att lånet är en olaglig förtäckt värdeöverföring finns det en risk att banken blir drabbad av antingen den återbäringsplikt

som framgår av 17 kap. 6 § ABL alternativt det bristtäckningsansvar som görs gällande i 17 kap. 7 § ABL.

I nedan text avser jag därför att behandla hur banken måste förhålla sig till de två förbuden under sin kreditbeviljningsprocess. Dessutom vill jag föra ett resonemang kring hur banken riskerar att påverkas om lånet anses vara förbjudet och/eller vara en olaglig värdeöverföring i aktiebolagsrättslig mening.

4. Utgör lånet till bolag A en överträdelse av förvärvslåneförbudet?

I detta kapitel redogörs för förvärvslånets koppling till refinansieringsupplägget samt om och under vilka omständigheter detta överträds. Vidare framgår även vilka sanktioner banken riskerar att drabbas av om det visar sig att förvärvslåneförbudet har överträtts.

4.1 Lån som lämnas efter fullbordat aktieförvärv

Som framgår av 21 kap. 5 § ABL träder förvärvslåneförbudet i kraft om ett bolag ställer lån eller säkerhet till någon i *syfte att förvärva* aktier i det långivande bolaget, vilket i praktiken skulle innebära att det lån- eller säkerhetsgivande bolaget förvärvats med dess egna medel. En fråga som följer av detta är huruvida lån som lämnas av det förvärvade bolaget till förvärvaren efter ett fullbordat aktieförvärv träffas av förvärvslåneförbudet? Framställningen i detta kapitel bygger på just denna fråga.

Som Nerep & Samuelsson skriver gäller allmänt sett att ett lån som har lämnats efter ett fullbordat aktieförvärv inte träffas av förvärvslåneförbudet.²⁶ Dock gäller detta, som de även hänvisar till att Rodhe anför, under förutsättning att kreditgivningen är seriös och att kreditgivaren har stått en verklig kreditrisk.²⁷ I samband med frågan om seriös kreditgivning och en verklig kreditrisk så kommer man även in på området kring minutenlån. Grosskopf ger en beskrivande bild av minutenlån som ett sådant lån vilket ställs av det förvärvade bolaget till förvärvaren i direkt anslutning efter aktieförvärvet, i syfte att lösa förvärvarens ursprungliga förvärvslån, att det anses motsvara en sådan situation där ett bolag förvärvas med dess egna medel.²⁸ Sådana lån är ej tillåtna och bör närmast ses som en skenrättshandling och omfattas därför av förvärvslåneförbudet då kreditgivningen inte på några grunder kan ses som seriös.²⁹

²⁶ Nerep & Samuelsson, s. 430

²⁷ Ibid, s. 430

²⁸ Grosskopf, Vinstbolag, 1989, s. 37

²⁹ Ibid, s. 37

4.1.1 Refinansieringsupplägget koppling till lån som lämnas efter fullbordat aktieförvärv

I refinansieringsupplägget gör jag gällande två problem. Det som jag har till syfte att behandla här är det problemet som uppstår i samband med att bolag B efter aktieförvärvet upptar ett lån från banken med fastigheten som säkerhet. Syftet med detta lån är att låna ut pengarna till bolag A för att bolag A ska lösa förvärvskrediten gentemot banken och på så sätt flytta ner lånet i bolag B. Med hänsyn tagen till resonemanget ovan rörande seriös kreditgivning och verklig kreditrisk kommer jag vidare fördjupa detta resonemang och försöka att klargöra under vilka förutsättningar banken kan medverka till detta lån, dvs. lånet mellan bolag B och bolag A, samt hur det drabbar banken om lånet senare skulle visa sig vara förbjudet.

4.2 Avgörande omständigheter

När banken får en kreditpropå där förutsättningarna är sådana som presenterats i refinansieringsupplägget måste banken i sin kreditprövning göra en sådan bedömning att lånet som bolag B ställer till bolag A inte inkräktar på förvärvslåneförbudet. Utgångspunkten är som jag tidigare anfört att banken måste ha säkerhet för sin fordran. Genom det ursprungliga förvärvslånet till bolag A anses över lag inte sådan säkerhet ha skapats, även om det är fullt möjligt att bolag A strax efter förvärvet ställer aktierna i bolag B i pant till förmån för banken,³⁰ så vill banken i slutändan ändå ha fastigheten i bolag B som säkerhet. I litteraturen diskuteras avgörande omständigheter som ligger till grund för bedömningen i frågan om förvärvslåneförbudet är tillämpligt eller ej. Nedan presenteras följande.

Som Nerep skriver bör man ha i åtanke att det inom ramen för de straffrättsliga förhållandena är åklagaren som bär bevisbördan för att visa att en transaktion har träffats av förvärvslåneförbudet och att detta emellertid inte alltid är en helt enkel uppgift.³¹

4.2.1 Seriös kreditgivning och reell kreditrisk

Grosskopf resonerar i huvudsak om vikten av att lånet som ställs mellan bolag B och bolag A inte får ställas i direkt anslutning till förvärvet. Bakgrunden till detta resonemang grundar han på Rodhes utgångspunkt om att förvärvslåneförbudet nödvändigtvis inte ska vara tillämpligt om kreditgivningen är seriös och kreditgivaren stått en verklig kreditrisk. Så anses ej vara om bolag A lämnas ett lån från banken som är så kortfristigt att det hinner lösas innan bolag A lämnar bankens lokaler.³² Detta medför att om lånet från banken till bolag A och lånet från bolag B till bolag A ställs i för nära anslutning till aktieförvärvet kan banken inte anses ha stått en reell kreditrisk avseende sitt förvärvslån till bolag A. En viktig distinktion här är att Grosskopf förutsätter att bolag B har egna medel att låna ut varpå bolag A efter förvärvet i egenskap av moderbolag kan besluta om detta lån. Så är inte fallet i den fråga som jag behandlar. I mitt fall har bolag B inga medel annat än en belåningsbar fastighet som banken kan använda som säkerhet för

³⁰ Nerep & Samuelsson, s. 431

³¹ Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier, 1994, s. 341

³² Grosskopf, s. 37

ett lån till bolag B, varpå medlen som här upplånas sedan kan lånas ut till bolag A. Detta medför att frågan om minutenlån i den bemärkelse som diskuteras av Grosskopf³³ inte kan göras gällande. Dock är det möjligt att en liknande situation kan uppstå om banken redan i samband med kreditprövningen av bolag A samtidigt gör en kreditprövning av bolag B så att det vid tiden för förvärvet redan är klart att bolag B ska beviljas ett lån mot att fastigheten ställs som säkerhet. Då skapas en förutsättning för att förvärvslånet kan regleras i direkt anslutning till förvärvet. Banken måste med andra ord göra en seriös kreditprövning och stå en reell kreditrisk med avseende på det lån som banken ställer till bolag A. Vid utlåning till bolag B ställs i en aktiebolagsrättslig bemärkelse inte samma krav.

Av det sistnämnda resonemanget ovan uppstår frågeställningen om hur lång tid efter förvärvet bolag B måste vänta innan det kan låna ut pengar till bolag A? Här gör Grosskopf ett tydligt ställningstagande och menar uttryckligen att banken måste ta en så reell kreditrisk att de riskerar att inte få pengarna tillbaka. Bolag A ska med andra ord ha haft möjlighet att försvinna med pengarna.³⁴ Det kan dock diskuteras hur vanligt förekommande det är att låntagaren ges möjligheten att försvinna med pengarna då det sannolikt är vanligast att lånet betalas ut i samband med uppgörelsen av förvärvet och att dessa medel i nära anslutning förmedlas vidare till köparen, vilket banken torde medverka till. Köparen har här inte haft möjlighet att försvinna med pengarna. Trots det står banken en kreditrisk eftersom lånet de facto är utbetalt och säljaren har fått pengarna. Kreditrisken som banken tar får enligt min mening ställas mot hur lång tid det tar innan förvärvslånet till bolag A är reglerat. Ett exempel är om banken redan i förväg hade beviljat dotterbolaget, dvs. det förvärvade bolaget, lån med fastigheten som säkerhet och detta bolag i direkt anslutning till förvärvet kunnat uppta lånet från banken för att låna ut till moderbolaget som sedermera hade löst sitt förvärvslån så anser jag att förvärvslåneförbudet sannolikt överträtts.

Nerep menar på att det inte bara är risktagandet som måste tas i beaktning, vilket Grosskopf anför, utan att situationen måste ses i sin helhet. Även om banken tar en risk i sin kreditgivning så kan andra omständigheter vara avgörande för tillämpningen av förvärvslåneförbudsregeln.³⁵

4.2.2 Muntlig eller skriftlig överenskommelse

En bedömningspunkt i frågan om förvärvslåneförbudet är aktuellt eller ej och som Nerep tar upp är om det föreligger någon muntlig eller skriftlig överenskommelse mellan kreditgivaren, i detta fall banken, och köparen, dvs. bolag A, att förvärvslånet kommer regleras med medel från det förvärvade bolaget.³⁶ Bakgrunden till detta syftar till viss del återigen på bankens kreditrisk. Genom att banken inte kräver in erforderliga säkerheter för sitt lån till bolag A kan man på god grund förutsätta att banken räknar med att lånet

³³ Grosskopf, s. 37

³⁴ Ibid, s. 38

³⁵ Nerep, s. 342

³⁶ Ibid, s. 341

inom en inte allt för lång framtid ska regleras, varpå de inte har ansett sig behöva inkräva ”tillräcklig” säkerhet.

4.2.3 Reglera krediten på annat sätt

Nästa bedömningspunkt som även Nerep tar upp i frågan om förvärvslåneförbudet är huruvida bolag A har möjlighet att reglera sitt förvärvslån på annat sätt än genom lånet från bolag B.³⁷ Nerep gör inte någon fördjupad utläggningen av innebörden, dock anser jag att det inte heller behövs. Självklart är det viktigt att ta med i bedömningen om bolag A har någon möjlighet att reglera förvärvslånet från banken på annat sätt än genom medel från bolag B. Om det skulle visa sig bolag A har denna möjlighet så torde risken för att träffas av förvärvslåneförbudet minska avsevärt om det inte är andra omständigheter som gör att man kan anse att transaktionerna har skett i ett fientligt syfte, dvs. att bolag B skulle ha förvärvats med dess egna medel.

4.2.4 Underförstått syfte

Vad som i viss mån går i linje med övriga bedömningspunkter ovan är om det finns något underförstått syfte mellan banken och bolag A om att lånet till bolag A ska lösas genom ett lån från bolag B.³⁸ Man kan här tänka sig att det är svårt att hävda annat än att banken, om det går att visa att de redan innan förvärvet även gjort en inofficiell kreditbedömning av bolag B, har haft ett annat syfte än att förvärvskrediten ska lösas genom ett lån mellan bolag B och bolag A.

4.3 Är lånet mellan bolag B och bolag A förbjudet?

Författarna anger i doktrinen något differentierade uppfattningar om när förvärvslåneförbudet blir tillämpligt.³⁹ Ett svar på frågan om lånet mellan bolag B och bolag A är ett förbjudet lån kan därför inte ges rakt av. Utgångspunkten för att reda ut frågan bygger på att se situationen i sin helhet. Det blir en kombination av de omständigheter som presenteras ovan som kommer att ligga till grund för att avgöra huruvida lånet är förbjudet eller ej.

Jag väljer dock att påbörja resonemanget med utgångspunkt på Lindskogs synsätt. Han menar att man ska utgå från vad lagen säger, dvs. att lån inte får ställas i syfte att gäldenären ska förvärva aktier i det långivande bolaget, enligt 21 kap. 5 § ABL, med utgångspunkt i legalitetsprincipen. Denna rättsgrundsats ges av 1 kap. 1 § BrB, vilken säger att en handling ej kan utgöra ett brott om den aktuella handlingen inte i lag är stiftad som ett brott. Eftersom det dessutom framgår av 21 kap. 2 § 2 p. ABL att koncernlån undantas det generella låneförbudet så är lånet som lämnas efter det fullbordade aktieförvärv tillåtet.⁴⁰

³⁷ Nerep, s. 341

³⁸ Ibid, s. 341

³⁹ Jfr Grosskopf, s. 38, Nerep, s. 342, Nerep & Samuelsson, s. 439 ff.

⁴⁰ Lindskog, Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation, 1995, s. 173

Av samma uppfattning är dock inte Nerep. Han menar istället att det är syftet som är det avgörande i frågan.⁴¹ Om banken lämnar bolag A ett lån för att förvärva aktierna i bolag B varpå lånet senare ska regleras med medel från bolag B så är det på vilka grunder dessa transaktioner sker som bedömningen måste göras.

Min uppfattning i frågan lutar också åt att det är syftet med transaktionerna som är det avgörande. Den bild jag har fått efter samtal med personer som ofta hanterar detta upplägg är att reglerna kring förvärvslåneförbudet ger upphov till en obefogad osäkerhet då avsikten väldigt sällan är fientlig. Enligt min mening bör syftet med transaktionen i första hand inte ställas mot refinansieringsupplägget, utan bör istället ses till att syftet är att förvärva en fastighet. Om den aktuella fastigheten inte hade varit förpackad i ett aktiebolag hade förvärvet skett utan problem, eftersom banken direkt hade kunna ta fastigheten som säkerhet. Det faktum att fastigheten nu ligger i bolag B borde inte göra transaktionen fientlig. Med detta kan förstås att om bolag A har en kontantinsats motsvarande de riktlinjer som banker i allmänhet ställer vid fastighetsförvärv och dessutom inom ramen för dess resultat kan uppbära ett lån på resterande del av köpeskillingen borde det inte spela någon roll om fastigheten ligger i ett aktiebolag eller ej.

Dessutom kan man också föra ett resonemang utifrån en historisk tillbakablick. I tidigare aktiebolagslagstiftning var en överträdelse av förvärvslåneförbudet enbart straffrättsligt sanktionerad. Eftersom lagstiftaren nu har infört en civilrättslig sanktion vid en överträdelse av förbudet skulle detta kunna innefatta ett underförstått syfte att inte längre enbart göra den restriktiva tolkning som är förknippad med straffrättsliga sanktioner. Lagstiftaren kanske är ute efter att man i större utsträckning ska utgå från den extensiva tolkning som är förknippad med civilrätten där det själva syftet som ligger i fokus. Detta skulle ge mitt resonemang ovan styrka.

Grosskopf är mer koncis i sin ståndpunkt och menar att bolag A efter förvärvet utan problem kan uppta ett lån från bolag B för att återbetala sitt lån till banken. Den enda förutsättningen är att bankens kreditgivning har varit seriös och att de stått en reell/verklig kreditrisk.⁴² Denna uppfattning ligger inte så långt ifrån mitt eget resonemang. Om man ser till uttrycket att kreditgivningen ska vara seriös så anser jag att om transaktionerna sker utifrån ett icke fientligt syfte och att banken gör samma kreditprövning som om fastigheten hade legat utanför aktiebolaget så bör kreditgivningen bedömas som seriös. Gällande den kreditrisk som banken måste stå menar Nerep vidare att varje kredit som tidsmässigt sträcker sig längre än vid minutenlån innebär en risk och ju längre kredittiden är, desto större blir risken.⁴³ Om man ställer detta mot att banken exempelvis står en kreditrisk under en veckas tid avseende lånet till bolag A så bör inget annat uppfattas än att banken har stått en reell kreditrisk.

En sista fråga som aktualiseras i ovan resonemang om förvärvslåneförbudet är med utgångspunkt på lagregelns syfte. Då förvärvslåneförbudet huvudsakligen finns till för att

⁴¹ Nerep, s. 342

⁴² Grosskopf, s. 38

⁴³ Nerep, s. 342

skydda borgenärer undrar jag om bedömningen blir annorlunda om bolag B vid förvärvet inte har några borgenärer? Det borde inte vara allt för ovanligt att ett bolag motsvarande bolag B är ett obelånat bolag. Om bolag B dessutom bara har en aktieägare torde skyddsreglerna ha spelat ut sin rätt. Detta resonemang finns inte redogjort vare sig i litteratur eller i förarbeten varpå jag blir tvungen att lämna frågan outredd, det är dock en intressant tanke.

4.4 Hur drabbas banken om lånet är förbjudet?

Om lånet mellan bolag B och bolag A skulle visa sig vara förbjudet enligt 21 kap. 5 § ABL uppstår en del frågetecken kring huruvida detta skulle kunna påverka banken. Som jag tidigare nämnt delas sanktionerna vid överträdelse av förvärvslåneförbudet upp både straffrättsligt och civilrättsligt. Jag kommer nedan resonera kring hur och om banken eller möjligtvis handläggande banktjänsteman kan träffas av sanktionerna och vad detta kan innebära.

4.4.1 Har banken eller banktjänsteman straffansvar?

Som Lindskog skriver så är utgångspunkten vid bedömning av straffansvar enligt 30 kap. 1 § 4 p. ABL själva lämnandet av lån. Vidare anför han att det enbart är de som agerar i och för bolaget som kan drabbas av ett straffansvar. Dessa personer är i första hand bolagets verkställande direktör eller styrelseledamöter.⁴⁴ Med andra ord är det i det aktuella refinansieringsupplägget bolag B med dess verkställande direktör och styrelseledamöter som träffas av straffansvaret. Lindskog menar även att aktieägare kan träffas av straffansvar om de har varit delaktiga i beslutet om ett förbjudet lån. Dessutom hävdar han att en ställföreträdare som på uppdrag av bolaget verkställer ett beslut som strider mot förvärvslåneförbudet borde kunna ha ett straffansvar.⁴⁵ Kontentan av detta resonemang är således att banken alternativt en banktjänsteman inte bör kunna ha ett direkt straffansvar.

Vid medverkansansvar ser situationen dock något annorlunda ut. Eftersom fängelse är en av påföljderna vid brott mot 30 kap. 1 § 4 p. ABL blir reglerna i 23 kap. 4 § BrB tillämpliga. Av första stycket framgår att ansvar för en viss gärning inte bara gäller den som utför gärningen utan även den som främjar annan med råd eller dåd.⁴⁶ Detta borde innebära att en banktjänsteman som medverkar till att transaktionen mellan bolag B och bolag A genomförs, dvs. utför betalningen, träffas av ett straffansvar för att han eller hon medverkar.⁴⁷ I rättspraxis, NJA 1976 s 60, upptogs ett mål rörande olaglig vinstutdelning. Ombudet för Aktiebolaget Pilgrim genomförde på uppdrag av bolagets styrelse en utbetalning från bolaget som senare visade sig vara en olaglig vinstutdelning. I samband med detta bedömdes ombudet har gjort sig skyldig till medverkansansvar och dömdes därmed av hovrätten. Högsta domstolen friade sedermera ombudet på sådana grunder att hans tidigare i god tro förvärvade uppfattning om bolag inte gjort att han

⁴⁴ Lindskog, s. 177

⁴⁵ Ibid, s. 177

⁴⁶ Grosskopf, s. 39 f.

⁴⁷ Lindskog, s. 178

kunde förväntas ha genomfört några vidare efterforskningar rörande transaktionen. Detta kunde i vart fall inte ligga honom till last nu.⁴⁸ Det nu anförda, trots att det avser olagliga värdeöverföringar, skulle enligt Lindskog kunna innebära att en banktjänsteman under vissa omständigheter genom sin medverkan kan straffas.⁴⁹ Min uppfattning här bygger på samma princip, dock gäller, som också högsta domstolen konstaterade, att den som medverkar måste vara i ond tro. Det avgörande för att banktjänstemannen ska träffas av straff för medverkansansvar är således att han eller hon känner till eller borde känna till att transaktionen som genomförs är förbjuden. Detta blir en fråga för åklagaren att bevisa, dock förefaller det troligt att åklagaren skulle yrka på att banktjänstemannen borde ha haft sådan insyn i upplägget att han eller hon kommer träffas av ond trosrekvisitet.

4.4.2 Kan banken bli skadeståndsskyldig?

För att skadestånd överhuvudtaget ska utgå krävs att bolaget lidit skada. I aktuellt fall krävs således att mottagaren av ett eventuellt förbjudet lån inte kan infria sin lånefordran gentemot det långivande bolaget.⁵⁰

Enligt vad som är stadgat i aktiebolagslagen gäller det jag anförde i kapitel 2.3.2.2. Det skadeståndsansvar som framgår här är riktat mot aktiebolagets stiftare, styrelseledamot eller verkställande direktör som i samband med fullgörandet av sitt uppdrag uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolag också ska ersätta skadan, enligt 29 kap. 1 § 1 st. ABL. Vidare kan även revisor, lekmanna revisor samt särskild granskare tilldömas ansvar att ersätta uppkommen skada, vilket framgår av 29 kap. 2 § ABL. Till sist kan även aktieägare träffas av skadeståndsansvar för den skada han eller hon tillfogar bolaget genom uppsåt eller grov oaktsamhet, enligt 29 kap. 3 § ABL. Här framgår bara sådana personer som har en direkt koppling till bolaget med en till synes sysslomannalikhande ställning alternativt har ett ägande i bolaget.

I fråga om banken skulle kunna drabbas av ett skadeståndsansvar i samband med deras förfarande blir det svårare att avgöra. I litteraturen ges enbart resonemang kring hur de som omfattas av ovan angivna lagrum kan träffas av skadestånd. Som Lindskog skriver krävs oaktsamhet för ansvar och den ska sedermera vara adekvat kausal till den inträffade skadan. Han syftar här till att den som beslutade om lånet, exempelvis verkställande direktör eller styrelseledamot, måste ha varit införstådd med risken att betalningsförmågan hos det lånemottagande bolaget sviktade, dvs. att vårdslöshet förelåg.⁵¹ Min egen tolkning av detta blir att banken eller en banktjänsteman inte kan träffas av skadeståndsansvar. Detta delvis på grund av att banken inte har något beslutsfattande i det långivande bolaget. Att banken har varit delaktig på ett sådant sätt att de verkställt ett taget beslut samt i viss mån gett råd kring refinansieringsupplägget borde inte, med utgångspunkt från vad Lindskog anför, kunna utgöra en sådan delaktighet att banken borde träffas av ett skadeståndsansvar. Nerep menar vidare att om brott föreligger

⁴⁸ NJA 1976 s 60

⁴⁹ Lindskog, s. 178

⁵⁰ Lindskog, s. 181

⁵¹ Ibid, s. 181

så kan detta ge upphov till en skyldighet att ersätta ren förmögenhetsskada.⁵² Med andra ord, om omständigheterna är sådana att det kan bevisas att banken eller en banktjänsteman har begått ett brott i samband med verkställandet/utbetalningen av lånet mellan bolag B och bolag A kan de, som en följd av de brott som de begått, bli skyldiga att ersätta uppkommen skada. Enligt min mening förefaller det dock osannolikt att detta skulle hända, då det i huvudsak är själva beslutet om att utge ett förbjudet lån i bolag B som utgör ett brott. Det är därför beslutsfattarna i bolag B som begår en illegal handling och därav ska stå skadeståndsansvaret.

4.4.3 Hur påverkar ogiltighet banken?

Om lånet mellan bolag B och bolag A skulle visa sig vara förbjudet träder ogiltigheten in. Som jag tidigare nämnt gäller att om förvärvslåneförbudet träder i kraft ska mottagaren av det förbjudna lånet återbära det som han eller hon uppburit, enligt 21 kap. 11 § ABL. Oavsett mottagarens onda eller goda tro träder ogiltigheten i kraft när lånet lämnas, dessutom ska detta återbäras omedelbart.⁵³

Fråga är hur och på vilket sätt banken drabbas av detta? Banken lånade ut pengar till bolag B som självständigt lånade ut dessa till bolag A för att bolag A skulle kunna lösa det lån de upptagit från banken. Om lånet mellan bolag B och bolag A skulle vara förbjudet så är det bolag A som ska återbära vad han eller hon uppburit, under förutsättning att det är bolag A som anses vara mottagare. Senare i uppsatsen skriver jag om den återbäringssskyldighet som drabbar den som mottagit en olaglig värdeöverföring. Detta menar Andersson tillämpas parallellt även på ogiltighetsregeln vid en överträdelse av förvärvslåneförbudet.⁵⁴ I propositionen till nuvarande aktiebolagslag anförs gällande ogiltighetssanktionen att den ska vara utformad på samma sätt som vid olagliga värdeöverföringar med avseende på återbäringsplikten, inte när det gäller bristtäckningsansvaret.⁵⁵ Vidare menas att återbäringsplikten vid olagliga värdeöverföringarna träffar banken om syftet med transaktionen är att medlen som avses med värdeöverföringen ska komma banken till del.⁵⁶

I ett första scenario gäller därför att, om det går att visa att banken var den egentliga mottagaren av det förbjudna lånet så gäller att det är banken som ska återbära de utlånade medlen till bolag B. Detta betyder att bolag A blev skuldfritt i samband med lånet från bolag B, medan banken i sin tur gör en förlust på motsvarande belopp som måste återbäras.

Nästa scenario bygger på hur banken drabbas om det inte kan visas att banken är den egentliga mottagaren av det förbjudna lånet, dvs. att det är bolag A som är mottagare. Innan dess är det dock av vikt att komma ihåg att bolag A löste sitt förvärvslån gentemot banken när lånemedlen från bolag B flöt in. Nu behöver vi fråga oss om bolag A ett rörelsedrivande bolag med erforderliga/goda finanser eller ett rörelsedrivande bolag med

⁵² Nerep, s. 417

⁵³ Nerep & Samuelsson, s. 451

⁵⁴ Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, 2010, s. 253 ff.

⁵⁵ Prop. 2004/05:85 s. 435 f.

⁵⁶ Ibid, s. 758 f.

svaga finanser, alternativt ett tomt bolag? Om bolag A är ett rörelsedrivande bolag med goda finanser skulle detta kunna innebära att de upptar ett nytt lån från banken för att återbära det förbjudna lånet till bolag B. De upptar lånet från banken på sådana grunder att de med egna medel kan uppbära det. Om det istället är så att bolag A är ett rörelsedrivande bolag med svaga finanser, alternativt ett tomt skal sånär som på aktiekapitalet, så blir situationen en annan. Här ponerar jag att banken inte ställer sig positiv till att låna ut pengar in blanco för att bolag A ska kunna återbära det förbjudna lånet. Detta torde i sin tur bidra till att bolag A sedermera går i konkurs. Att bolag A går i konkurs behöver nödvändigtvis inte innebära att det drabbar banken negativt. Det gäller dock under förutsättning att bolaget inte sedan tidigare har några lån. Skulle så vara fallet, att banken tidigare har beviljat bolag A lån som ännu inte har återbetalats innebär en konkurs att banken riskerar att inte få sina utlånade pengar tillbaka. Det är här som jag anser att banken drabbas av ogiltigheten, ej tidigare.

Sammanfattningsvis kan här urskiljas att ogiltigheten under vissa omständigheter kan drabba banken direkt genomåterbäringsplikt om det går att visa att banken utgör den egentliga mottagaren av lånet. Om det istället är bolag A som ska anses vara mottagare kan banken under vissa omständigheter drabbas. Resonemanget gällande att, om bolag A är ett rörelsedrivande bolag med goda finanser och att banken här inte drabbas av ogiltigheten sammanfaller också med mitt tidigare resonemang om, att en överträdelse av förvärvslåneförbudet inte borde föreligga om bolag A har tillräckliga ekonomiska resurser för att uppta förvärvslånet oberoende av att banken senare får fastigheten i bolag B som säkerhet. På motsvarande sätt gäller att om bolag A är ett bolag utan några egentliga ekonomiska resurser så drabbar detta banken om bolaget har lån sedan tidigare, dessutom bör också risken för att träffas av förvärvslåneförbudet redan från första början öka markant om bolag A inte har erforderliga ekonomiska resurser.

5. Utgör lånet till bolag A en olaglig värdeöverföring?

I detta kapitel ska jag redogöra för under vilka förutsättningar som lånet mellan bolag B och bolag A utgör en förtäckt värdeöverföring samt om och när det anses vara en olaglig förtäckt värdeöverföring. Dessutom ges en redogörelse för hur banken kan drabbas av de sanktioner som är förknippade med en olaglig värdeöverföring om lånet utgör en sådan.

5.1 Allmänt om olaglig värdeöverföring

I 17 kap. 1 § 4 p. ABL anges att en värdeöverföring, förutom bland annat traditionell vinstutdelning, också innefattar en sådan affärshändelse vilken medför att bolagets förmögenhet minskar och inte är av rent affärsmässig karaktär för bolaget. Denna typ av värdeöverföring anses, till skillnad från en vanlig vinstutdelning, utgöra en förtäckt värdeöverföring. Om en förtäckt värdeöverföring sker och dessutom innebär en överträdelse av 17 kap. 3 § ABL, vilken säger att en värdeöverföring inte får äga rum om det efter överföringen inte finns full teckning för bolagets bundna egna kapital, utgör denna en förtäckt olaglig värdeöverföring.

5.1.1 Refinansieringsuppläggets koppling till olaglig värdeöverföring

När bolag B lånar ut pengar till bolag A är detta i första hand möjligt genom det stadgade koncernundantaget i 21 kap. 2 § 2 p. ABL, vilket säger att om gäldenären är ett företag i en koncern där det långivande bolaget ingår så är detta lån tillåtet. Koncernundantaget ger med andra ord bolag B en laglig rätt att låna ut pengar till bolag A. Om lånet dock innebär en förmögenhetsminskning och inte lämnas på rent affärsmässiga skäl till bolag A så utgör detta en dold/förtäckt värdeöverföring enligt, 17 kap. 1 § 4 p. ABL. Än så länge har ingen olaglig överträdelse skett. Det är först efter den förtäckta värdeöverföringen, om det skulle visa sig att bolag B inte har teckning för värdeöverföringen inom sitt bundna egna kapital som en olaglig förtäckt värdeöverföring skulle föreligga, enligt 17 kap. 3 § ABL. Som Nerep & Samuelsson skriver kan man utöver det generella och särskilda låneförbudet i 21 kap. ABL även i 17 kap. ABL urskönja ett implicit låneförbud, förutsatt att lånet strider med 17 kap. 3 § ABL.⁵⁷

⁵⁷ Nerep & Samuelsson, s. 198

I detta kapitel kommer mitt fokus ligga på att förtydliga under vilka omständigheter lånet mellan bolag B och bolag A kan utgöra en olaglig förtäckt värdeöverföring. Dessutom ska jag gå djupare in på de sanktioner som stadgas i 17 kap. 6 och 7 § § ABL, angående återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar. Gällande bristtäckningsansvaret avser jag att bedöma huruvida banken kan träffas av detta ansvar.

5.2 Bedömning om en förtäckt värdeöverföring föreligger

För att reda ut frågan om lånet mellan bolag B och bolag A är en olaglig förtäckt värdeöverföring måste det först visas att lånet utgör en förtäckt värdeöverföring. I litteraturen görs gällande att lån som aktiebolag lämnar och som är att uppfatta som vederlagsfria ska bedömas som värdeöverföringar, förtäckta sådana.⁵⁸ För att bedöma om lånet är vederlagsfritt kan en e contrario tolkning av 17 kap. 1 § 4 p. ABL vara till hjälp, vilket ger oss att, om lånet är av rent affärsmässig karaktär så är det inte att betrakta som en värdeöverföring, trots en förmögenhetsminskning. Detta på grund av att ett företag alltid riskerar att göra dåliga affärer vilket leder till en förmögenhetsminskning, trots att detta inte är något man strävar efter. En vederlagsfri transaktion måste därför anses utgöra en värdeöverföring. Av rättspraxis har sedermera visats att om låntagaren inte varit solvent nog har lånet betraktats som en vederlagsfri prestation från långivare. Därav måste man göra en solvensprövning av låntagaren. Om låntagaren klarar solvensprövningen kan en förtäckt värdeöverföring fortfarande föreligga om lånet inte är lämnat på affärsmässiga villkor, med avseende på exempelvis prissättningen. Bedömningen måste därför ske i två steg.

5.2.1 Solvensprövning

Som jag ovan nämnde har det i rättspraxis visats att lån som har lämnats till icke solventa mottagare i HD bedömts som vederlagsfria och därmed förtäckta värdeöverföringar.

I NJA 1951 s. 6, *Suecia-målet*, ett av de mest kända på området, säljer ägaren till samtliga aktier i AB Suecia dessa aktier för en köpeskilling av 1 350 000 kr. Köparen av aktierna finansierar köpet med hjälp av bolagets egna medel. Innan försäljningen tömmer ägaren bolaget på dess likvida medel samt att köparen efter tillträdet till aktierna upptar ett lån från bolaget och betalar säljaren. De båda transaktionerna bokförs sedermera som lån till köparen av bolaget. Bolaget går senare i konkurs och det är till slut konkursförvaltaren som för talan i rätten. HD gör konstaterandet att lånen till köparen utgör förtäckt värdeöverföring eftersom han inte varit solvent nog för lånen och därav betraktades lånen som vederlagsfri utbetalning från AB Suecia.

I NJA 1990 s. 343, *Nordanlandfallet*, rör frågan koncernlån. Dotterbolaget, AB Wasoverken lämnade under en tid flera koncernlån till moderbolaget, Nordanland AB. Totalt uppgick lånen till drygt 11 000 000 kr. Nordanland AB gick sedermera i konkurs varpå dotterbolaget hade en fordran om 11 000 000 kr på moderbolaget. En styrelseledamot i Nordanland AB som genom fullmakt hade rätt att ensam teckna både Nordanland AB och Wasoverken AB hade gjort bedömningen vid lämnandet av

⁵⁸ Nerep, s. 90

koncernlånen att återbetalningsförmågan i Nordanland AB grundades på att dess fastigheter skulle öka i värde efter vissa renoveringar. Någon ytterligare betalningsförmåga hade aldrig påvisats. HD kom senare fram till att Nordanland AB:s ekonomiska ställning hade varit så dålig att Wasoverken AB:s fordringar i form av lämnade lån redan från början varit värdelösa. Lånen har därför utgjort en förtäckt värdeöverföring.

I de två ovan beskrivna rättsfallen är den gemensamma nämnaren att de båda låntagarna inte haft någon betalningsförmåga vid tiden för mottagandet av lånet/lånen. Det svåra är att avgöra hur en eventuell solvensprövning ska genomföras. I både Suecia-målet och Nordanlandfallet har låntagaren praktiskt taget ingen betalningsförmåga. Är slutsatsen av detta, att det är total avsaknad av betalningsförmåga som krävs för att värdeöverföringen ska bedömas som vederlagsfri, eller räcker det att mottagaren av lånet delvis har avsaknad av betalningsförmåga? Ytterligare vägledning i detta är att tillgångar i form av aktier i det långivande bolaget inte ska tas med i beräkningen vad en eventuell solvensprövning av lånemottagaren.⁵⁹

Då det av rättspraxis inte ges några utförliga exempel på hur solvensbedömningen ska göras borde bedömningen enligt min mening ske på så vis att det inte kan motsägas att låntagaren vid tidpunkten för lånet saknade betalningsförmåga. Utgångspunkten är trots allt att lånet mellan bolag B och bolag A de facto ska utgöra ett lån i traditionell mening och inte en förtäckt värdeöverföring. Om så ska ske måste bedömningen av bolag A baseras på att bolag A vid tidpunkten för lånet är tillräckligt solvent. Man kan här göra antagandet att om bolag A är solvent nog att uppta det ursprungliga förvärvslånet enligt de riktlinjer som banken måste förhålla sig till i samband med seriös kreditgivning så borde bolag A även vara solvent nog för att uppta ett lån på samma belopp från bolag B, dvs. dess dotterbolag.

5.2.2 Affärsmässiga villkor

Gällande de villkor som ställs på lånet mellan bolag B och bolag A är ett krav att det måste vara affärsmässigt betingat för att det inte ska räknas som en förtäckt värdeöverföring. Med detta menas att bolag B måste ha ett affärsmässigt intresse i lånet, dvs. att, om räntan som bolag A betalar på lånet understiger den vanliga bankräntan så är lånet inte affärsmässigt betingat.⁶⁰ Motsatsvis borde därför gälla att, om den ränta bolag A betalar är marknadsmässigt prissatt borde lånet vara affärsmässigt betingat. Som stöd till detta resonemang skriver även Lindskog att om räntan som bolag A betalar är lägre än på motsvarande lån som upptagits på kreditmarknaden så föreligger en kapitalanvändning och någon affärsmässig betingning finns inte.⁶¹ Slutsatsen här är därmed att räntan på lånet måste vara marknadsmässig. Att det skulle utgöra ett hinder att bedöma vad som är en marknadsmässigt ränta förefaller svårt att tro.

⁵⁹ Nerep, s. 93, Nerep hänvisar här till HDs resonemang i Suecia-målet

⁶⁰ Ibid, s. 122, Nerep återger här Rodhe och Nials resonemang

⁶¹ Lindskog, s. 46

5.3 Föreligger en olaglig förtäckt värdeöverföring?

Om det skulle visa sig att lånet mellan bolag B och bolag A utgör en förtäckt värdeöverföring träder 17 kap. 3 § ABL i kraft. Om det visar sig att den förtäckta värdeöverföringen dessutom utgör en överträdelse av denna paragraf föreligger en olaglig förtäckt vinstutdelning. Reglerna här är centrala för kapitalskyddet i aktiebolag och är i första hand till för att skydda bolagets borgenärer.⁶²

5.3.1 Beloppsspärren och försiktighetsregeln

I 17 kap. 3 § 1 st. ABL framgår vad som kallas för beloppsspärren. Här framgår att en värdeöverföring inte få äga rum om det efter värdeöverföringen finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Bolagets bundna egna kapital utgörs främst av aktiekapitalet. Det bundna egna kapitalet utgörs även av bundna fonder, så som uppskrivningsfond samt eventuella reserv- och överkursfonder. Detta tillvägagångssätt, dvs. att det efter värdeöverföringen måste finnas tillgångar kvar i bolaget med ett redovisat värde som minst motsvarar det bundna egna kapitalet kallas för *nettometoden*.⁶³

Tolkningen av detta är inte mer komplicerad än att det, för att en laglig värdeöverföring ej ska föreligga mellan bolag B och bolag A, krävs att bolag B efter värdeöverföringen har tillgångar till ett redovisat värde som minst motsvarar bolaget bundna egna kapital.

Beloppsspärren utgör enligt vad som föreskrivs i litteraturen själva huvudregeln.⁶⁴ Vid sidan av denna tillämpas även den s.k. försiktighetsregeln, vars innebörd är att en värdeöverföring endast får ske om det är försvarbart med hänsyn tagen till verksamhetens art, omfattningen och risk, vilket framgår av 17 kap. 3 § 2 st. ABL. Det är inte helt lätt att avgöra vilka krav som här ska ställas upp, men allmänt gäller bland annat att en bedömning måste göras i varje enskilt fall och en utgångspunkt i denna bedömning är bolagets bundna egna kapital i förhållande till vilken verksamhet bolaget bedrivit. Även om värdeöverföringen inte är olaglig har exempelvis ett bolag med ett litet bundet eget kapital ett större behov av att bevara sitt fria kapital.⁶⁵

5.4 Är lånet mellan bolag B och bolag A en olaglig värdeöverföring?

Ett precist svar på frågan om lånet som bolag B ställer till bolag A utgör en olaglig värdeöverföring går inte att ge. Detta på grund av att det avgörande är omständigheterna i samband med transaktionen och bolagens finansiella situation. Jag kan endast ställa upp de förutsättningar som gäller för att lånet i första hand inte ska utgöra en förtäckt värdeöverföring och i andra hand inte ska vara en olaglig förtäckt värdeöverföring.

I första hand måste det avgöras om bolag A är solvent nog att uppbära lånet. Detta bör, som enligt resonemanget tidigare ställas mot bankens bedömning att bevilja bolag A det

⁶² Nerep & Samuelsson, s. 222

⁶³ Ibid, s. 224

⁶⁴ Ibid, s. 223

⁶⁵ Ibid, s. 230

ursprungliga förvärvslånet. Eftersom rättspraxis inte ger någon ytterligare vägledning i bedömningen än i de två tidigare rättsfallen och på grund av att utgångspunkten hos bolag B är att lånet inte ska utgöra någon värdeöverföring kan inget annat råd ges än att utgångspunkten måste vara att, om bolag A har möjlighet att uppta lån från någon annan, exempelvis en bank, som i samband med detta gör en seriös kreditprovning av bolag A, borde inte något hinder finnas för bolag B att låna ut pengar till bolag A.

Om bolag A klarar av solvensprovningen blir nästa bedömningspunkt att avgöra affärsmässigheten i transaktionen, då den måste vara affärsmässigt betingad. Utifrån vad jag tidigare har anfört angående prissättningen av den ränta som bolag A betalar till bolag B förefaller det rimligt att anta att så länge räntan är marknadsmässigt prissatt så borde lånet vara affärsmässigt betingad. Följande illustrerar mitt tankesätt. I det fall då bolag B hade placerat samma summa pengar hade de haft ett visst avkastningskrav med tillägg för den risk de tar i placeringen. Om de nu lånar ut pengar till en ränta som understiger avkastningskravet inklusive risktillägg borde lånet inte heller vara affärsmässigt betingad.

Utifrån resonemanget ovan görs bedömningen om huruvida lånet är en förtäckt värdeöverföring. Om slutsatsen är att det de facto är en förtäckt värdeöverföring blir nästa steg att avgöra om det efter värdeöverföringen finns tillgångar i bolaget till ett redovisat belopp motsvarande bolagets bundna egna kapital. Detta för att egna kapitalet måste hållas intakt. Finns detta föreligger ingen olaglig värdeöverföring. Om det istället inte finns täckning för det bundna egna kapitalet efter värdeöverföringen är denna olaglig. De sanktioner som följer av en olaglig värdeöverföring och om det finns en risk för att banken drabbas presenteras nedan.

5.5 Kan banken drabbas om lånet är en olaglig värdeöverföring?

I 17 kap. 6 och 7 § § ABL framgår de sanktioner som aktualiseras om lånet mellan bolag B och bolag A visar sig utgöra en förtäckt värdeöverföring och dessutom strider mot den, s.k. beloppsspärren, vilken framgår av 17 kap. 3 § ABL. Av 6 § framgår den återbäringsskyldighet som medföljer en olaglig värdeöverföring. Om full återbärning inte kan ske enligt denna paragraf blir 7 § tillämplig. Av 7 § följer det bristtäckningsansvar som gäller för den som medverkat till den olagliga värdeöverföringen. Om bolag B har lånat ut pengar till bolag A i syfte att reglera förvärvslånet som bolag A upptog från banken, kan banken då träffas av återbäringsplikt eller bristtäckningsansvar om det visar sig att transaktionen bolaget emellan utgör en olaglig värdeöverföring? I följande text ämnar jag att ge min syn på frågan.

5.5.1 Kan banken ha en återbäringsplikt?

I 17 kap. 6 § 1 st. ABL framgår att det är mottagaren av det överförda värdet som ska återbära det som han eller hon uppburit, dock under förutsättning att bolaget som värdet fördes ut ifrån visar att mottagaren insåg eller bort inse att transaktionen var en olaglig värdeöverföring.

För att kunna återbära en värdeöverföring måste man först fastställa vem som de facto är mottagare. I propositionen framgår, med hänvisning till rättspraxis, att det i huvudsak är aktieägare samt personer med ägarliknande kopplingar till bolaget som ska ses som mottagare av en olaglig värdeöverföring. Man hänvisar här även till artikel 16 i EU:s andra bolagsrättsliga direktiv vilken säger att det är aktieägare som ska återbära utdelningen.⁶⁶ Dock anförs vidare att, oavsett vem som är mottagare så ska samma rättsföljd gälla.⁶⁷

Nerep & Samuelsson pekar också på problematiken att avgöra vem som är den egentliga mottagaren av den olagliga värdeöverföringen. De menar att det inte är osannolikt att en värdeöverföring resulterar i att de överförda medlen, i detta fall rena pengar, landar på mottagarens bankkonto. Banken använder sedermera dessa pengar för att reglera en skuld som mottagaren har till banken. Om nu det går att visa att syftet med den olagliga värdeöverföringen är att reglera detta lån så menar Nerep & Samuelsson att banken ska ses som mottagare.⁶⁸

Till stöd för Nerep & Samuelssons resonemang skrivs i propositionen vidare om 17 kap. 6 § ABL, återbäringskyldighet, att denna paragraf avser mottagare i första ledet och att 17 kap. 7 § ABL, bristtäckningsansvar, avser mottagare i andra ledet. I fallet då en bank tillgodogör sig en olaglig värdeöverföring genom att reglera ett lån som ”mottagaren” har till banken så ska denna mottagare ses som mottagare i första led och banken ses som mottagare i andra led. Men, om det redan från början stod klart att överföringen var avsedd till förmån för banken genom att kunna reglera lånet så menar författaren att det rimligt att se banken som mottagare i första hand.⁶⁹

Det är dock viktigt att tillägga att återbäringsplikten först blir aktuell om bolaget, vilket det överförda medlen kom ifrån, kan visa att mottagaren var i ond tro gällande vetskapen att transaktionen utgjorde en olaglig värdeöverföring, enligt 17 kap. 6 § 1 st. ABL. Med koppling till refinansieringsupplägget och den insyn man måste förutsätta att banken har är det svårt att vara av någon annan uppfattning än att banken borde ha insett att värdeöverföringen var olaglig.

Utifrån resonemanget ovan samt med hänsyn till att det inte föreligger några avvikande uppfattningar står det emellertid, enligt min uppfattning, klart att banken i refinansieringsupplägget står en avsevärd risk att direkt träffas av en återbäringsplikt enligt 17 kap. 6 § ABL. I det fall där detta skulle hända i verkligheten hamnar banken således i samma situation som tidigare klarlagts i samband med om lånet mellan bolag B och bolag A skulle visa sig vara ett förbjudet lån, dvs. att fordran de har på bolag A saknar sådana säkerheter som krävs enligt 8 kap. 1 § BoF.

Innebörden av återbäringsplikten är, i fråga om när penningmedel utgör en olaglig värdeöverföring, att dessa ska återbetalas inklusive ränta, enligt 5 § räntelagen (1975:635) (RL), från det att den olagliga värdeöverföringen ägde rum till dess att ränta ska betalas

⁶⁶ Prop. 2004/05:85 s. 391

⁶⁷ Ibid, s. 392

⁶⁸ Nerep & Samuelsson, s. 249

⁶⁹ Prop. 2004/05:85 s. 758 f.

enligt 6 § RL till följd av 3 § eller 4 § i samma lag, vilket framgår av 17 kap. 6 § 2 st. ABL.

5.5.2 Kan banken ha ett bristtäckningsansvar?

I 17 kap. 7 § 1 st. ABL framgår huvudregeln, vilken säger att bristtäckningsansvar åvilar den som medverkat till verkställandet av en olaglig värdeöverföring. I paragrafens andra stycke gör sedan gällande att, för att man som utomstående, dvs. sådan som inte utgör styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, lekmannarevisor eller särskild granskare, ska träffas av ansvar krävs uppsåt eller grov oaktsamhet. Enligt paragrafens tredje stycke ska mottagaren av den olagliga överföringen täcka upp den eventuella brist som uppstår i samband med återbäringen. Med detta menas att, om banken anses vara mottagare i andra hand så har banken ett bristtäckningsansvar.⁷⁰

I frågan ovan om banken har en återbäringsskyldighet så framgår av propositionen till 17 kap. 6 och 7 § § ABL att så sannolikt var fallet under förutsättning att det redan från början stod klart att syftet med lånet mellan bolag B och bolag A var att reglera det ursprungliga förvärvslånet som bolag A hade upptagit från banken. Om det däremot går att visa att syftet med lånet mellan bolag B och bolag A inte var att reglera förvärvslånet men att detta sedermera ändå skedde så ska banken istället träffas av ett bristtäckningsansvar.⁷¹

För att träffas av bristtäckningsansvar krävs att det föreligger uppsåt.⁷² I rättspraxis finns ett omtalat fall där en bank träffades av bristtäckningsansvar.

I NJA 1997 s. 418 lånar bolaget Leasing Consult SÖMÅ AB ut pengar till systerbolaget, vilket senare blir dotterbolag, Leasingconsult JOW AB. De utlånade medlen, motsvarande 30 miljoner kronor, användes till att amortera ned en checkkredit som Leasingconsult JOW AB hade hos Sparbanksgruppen Norrland AB. Vid tiden för lånet ansågs inte Leasingconsult JOW AB vara betalningsduglig varpå lånet sedermera betecknades som en olaglig värdeöverföring. På grund av Leasingconsult JOW AB svaga betalningsförmåga kunde lånet inte återbäras. När Leasing Consult SÖMÅ AB senare gick i konkurs yrkade konkursboet att Sparbanksgruppen Norrland AB, vilka mottog medlen från Leasingconsult JOW AB, skulle bli ersättningsskyldig genom att ådragit sig ett bristtäckningsansvar. HD skev i domen att blotta mottagande av en olaglig värdeöverföring inte kan medföra ansvar. I det aktuella fallet krävs att banken haft uppsåt för att utdöma ett bristtäckningsansvar, dvs. hade vetskap om eller bort insåg att de utlånade medlen kom från en olaglig transaktion. Det ansågs Sparbanksgruppen Norrland AB ej ha haft och därför ogillade HD konkursboets talan.

Kontentan är därav att det krävs uppsåt från banken sida för att kunna träffas av ett bristtäckningsansvar.

⁷⁰ Prop. 2005/05:85 s. 758

⁷¹ Ibid, s. 758 f.

⁷² Andersson, s. 221

Sammanfattningsvis gäller dock att det som jag har anfört i mitt resonemang om bankens återbäringsplikt gör det svårt att argumentera för att banken skulle kunna ha något bristtäckningsansvar. Det ter sig allt för osannolikt att det skulle gå att visa att syftet med lånet inte är att reglera förvärvslånet när detta i allra höga grad är det faktiska syftet.

6. Sammanfattande synpunkter

Efter att nu ha redogjort för den problematik som banken å ena sidan står inför rörande förvärvslåneförbudet och å andra sidan står inför rörande olagliga värdeöverföringar samt i den mån det går, konkretisera när förbuden överträds, är det nu lämpligt att ge mina sammanfattande synpunkter på refinansieringsupplägget som helhet med koppling till uppsatsens frågeställning.

På frågan om en överträdelse av förvärvslåneförbudet har skett i samband med refinansieringsupplägget är min uppfattning att så inte är fallet om det går att visa att syftet med transaktionerna inte är fientligt samt att det efterföljande lånet, dvs. lånet mellan bolag B och bolag A inte ställs i för nära anslutning till förvärvet. Vilken tidsperiod som avses med *för nära anslutning till förvärvet* bör enligt min mening vara en så lång tidsperiod att det inte under några som helst omständigheter kan ha uppfattats som ett minutenlån, förslagsvis en vecka. Här torde den allmänna uppfattningen vara att banken har stått en verklig kreditrisk. Som jag också nämnt tidigare är min utgångspunkt att syftet med transaktionen är att förvärva en fastighet, ingenting annat. Syftet är med andra ord inte att kringgå förvärvslåneförbudet, att det kan uppfattas som detta enbart ett resultat av den svårtolkade lagstiftningen.

Om det skulle visa sig att lånet mellan bolag B och bolag A innebär en överträdelse av förvärvslåneförbudet så är min uppfattning att banken eller banktjänsteman inte träffas av varken straff- eller skadeståndsansvar. Däremot kan den tredje sanktionen, ogiltighet, drabba banken på samma premisser som vid olagliga värdeöverföringar, dock endast med avseende på återbäringsplikten, inte bristtäckningsansvaret. Detta under förutsättning att banken ses som den egentliga mottagaren av det förbjudna lånet. Vidare kan banken drabbas av ogiltigheten i det fall då de sedan tidigare har lån till bolag A och bolag A egentligen inte har tillräckliga resurser att uppbära förvärvslånet. Detta skulle kunna leda till att bolag A försätts i konkurs, vilket i sin tur direkt drabbar banken.

För att lånet mellan bolag B och bolag A inte ska utgöra en olaglig förtäckt värdeöverföring måste två kriterier uppfyllas. Bedömningen sker i två delar. För det första måste det visas att bolag A är solvent nog för att uppta lånet. Nästa del handlar om att lånet ska vara ställt på affärsmässiga villkor, dvs. att villkoren för lånet ska motsvara ett traditionellt banklån. Uppfylls inte något av kriterierna är lånet att ses som en förtäckt värdeöverföring. Om det efter denna förtäckta värdeöverföring dessutom inte finns täckning för bolagets bundna egna kapital så är värdeöverföringen sedermera olaglig.

Om lånet mellan bolag B och bolag A skulle visa sig vara en olaglig förtäckt värdeöverföring är min uppfattning enligt tidigare resonemang att banken träffas av den återbäringsplikt som mottagaren av en olaglig värdeöverföring ansvarar för. Detta gäller under förutsättning att det går att visa att syftet med lånet till bolag A var att banken skulle tillgodogöra sig detta genom att amortera på det förvärvslån som bolag A upptog. Det ter sig allt för osannolikt att någon skulle kunna vara av någon annan uppfattning än att detta är själva syftet med lånet. Om det mot förmodan inte kan visas att detta är syftet men att banken ändå amorterar på lånet till bolag A med det utlånade pengarna träffas banken istället av det bristtäckningsansvar som åvilar den som medverkar till en olaglig värdeöverföring.

När en bank får in en lånepropå där refinansiering kan bli aktuellt måste de utifrån hur gällande lagstiftning ser ut vidta sådana åtgärder att varken förvärvslåneförbudet överträds eller att en olaglig värdeöverföring uppstår. Med tanke på den insyn banken bör anses ha vid denna typ av affär är det ännu viktigare att banken behandlar dessa två förbud och gör en bedömning om huruvida refinansieringsupplägget går att tillämpa utan att överträda förbuden, detta redan innan något lån är beviljat. Om det trots bedömningen visar sig att något av förbuden har överträtts borde den dokumentation som har upprättats i samband med denna inofficiella kreditprövning kunna utgöra bevismaterial vid en rättslig prövning.

Sammanfattningsvis gäller att det inte går att avgöra om refinansieringsupplägget är tillämpligt eller ej utan att se till det specifika fallet. Det är varje bolags enskilda ekonomiska ställning som är det avgörande i bedömningen. Det är också detta som gör refinansieringsupplägget så svårt att bedöma. Eftersom det dock är så vanligt förekommande och att det än så länge aldrig prövats i domstol borde detta ge en vägledning för framtida förvärv. Görs en försiktig bedömning och syftet inte är fientligt borde refinansieringsupplägget fortsättningsvis vara ett gångbart alternativ när fusionsupplägget inte kan tillämpas.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag

Litteratur

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, sjunde upplagan, 2010, LitteraturCompagniet AB

Grosskopf, Göran, *Vinstbolag aktiebolags- och skatterättsliga frågor*, andra upplagan, 1989, Snogeholms Utbildnings AB

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

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

Nerep, Erik och Samuelsson, Per, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 2 Kapitel 11-22*, 2009, Thomson Reuters Professional AB

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, tredje upplagan, 2010, Norstedts Juridik AB

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 2006, Norstedts Juridik

Rodhe, Knut och Skog, Rolf, *Rodhes aktiebolagsrätt*, tjugotredje upplagan, 2011, Norstedts Juridik AB

Rättsfall

NJA 1976 s. 60 *Pilgrim-målet*

NJA 1951 s. 6 *Suecia-målet*

NJA 1990 s. 343 *Nordanland-fallet*

NJA 1997 s. 418 *SÖMÅ-fallet*

Övriga källor

<http://www.lantmateriet.se/> (2012-05-03)