

Aktiekapitalet

**- reellt borgenärsskydd eller ett koncept att
släppa taget om?**

Louise Nordkvist

Kandidatuppsats i handelsrätt
Associationsrätt
VT2013

Handledare
Krister Moberg



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	11
1.1 Ämne Bakgrund	11
1.2 Syfte Frågeställning	13
1.3 Metod och material	13
1.4 Avgränsningar	15
1.5 Disposition	16
2. Aktiekapitalet ur ett borgenärsperspektiv – en introduktion	17
2.1 Grundläggande om det aktiebolagsrättsliga borgenärsbegreppet	17
2.2 Om borgenärsskydd i form av aktiekapital och dess relation till övriga skyddsregler	18
2.2.1 Aktiekapitalet och ABL som borgenärsskydd	18
2.2.2 Relationen mellan aktiekapital som borgenärsskydd och övriga skyddsmekanismer	19
3. Svensk reglering av aktiekapital och förslag till förändringar under senare tid	20
3.1 Huvuddragen gällande aktiekapital i svensk associationsrätt	20
3.1.1 Minimikapitalet och bolagsbildningen	20
3.1.2 Behålla aktiekapitalets täckning och bolagsdriften	21
3.2 Anledning till diskussion	22
3.3 Senast gjorda ändringar	23
3.3.1 Dir. 2007:132 – Ett enklare aktiebolag	23
3.3.2 SOU 2008:49 – Aktiekapital i privata aktiebolag	23
3.3.3 SOU 2009:34 – Förenklingar i aktiebolagslagen m.m.	28
3.3.4 Promemoria – Minsta tillåtna aktiekapital i privata aktiebolag	29
3.3.5 Proposition 2009/10:61 - En sänkning av kapitalkravet för privata aktiebolag	29

4. Utländsk reglering för skydd av bolagsborgenärer.....	31
4.1 EU	31
4.2 USA	31
4.2.1 Aktiekapitalsregler.....	31
4.2.2 Borgenärsskydd genom andra mekanismer	32
4.2.3 Konsekvenser av och slutsatser gällande borgenärsskyddsreglering i USA	34
4.3 Storbritannien	35
4.3.1 Aktiekapitalsregler.....	35
4.3.2 Borgenärsskydd genom andra mekanismer	35
4.3.3 Konsekvenser av och slutsatser gällande borgenärsskyddsreglering i Storbritannien	36
4.4 Andra jurisdiktioner.....	39
5. Ska Sverige överge eller behålla aktiekapitalet – argument för, emot och konsekvenser	40
5.1 Är aktiekapitalet avgörande vid kreditgivning?.....	40
5.2 Lider svaga, icke-anpassande eller ofrivilliga borgenärer av ett övergivet aktiekapital?	41
5.3 Fyller aktiekapitalsreglerna sin tilltänkta funktion?	43
5.4 Bör en seriositetsspärr för att bilda aktiebolag tillämpas?.....	44
5.5 Skulle övergivna aktiekapitalsregler innebära slutet på principen om frihet från personligt ansvar?.....	45
6. Vilken väg ska Sverige gå? – Ett de lege ferenda-resonemang	46
6.1 Konkreta förslag till ändringar i svensk bolagsrätt.....	46
6.1.1 Reglera aktiekapital för privata aktiebolag självständigt från irrelevant påverkan	46
6.1.2 Ett kvarlevande aktiekapital borde vara beloppsmässigt högre.....	46
6.1.3 Ett kvarlevande aktiekapital borde präglas av större flexibilitet	47
6.1.4 Reglerna om minimikapital borde avvecklas.....	47
6.1.5 Ett nytt skyddssystem för borgenärer behöver utvecklas	48
6.2 Avslutande kommentar	48

Sammanfattning

En trend inom Sveriges, EU:s samt delar av övriga världens bolagsrätt är att förenkla reglerna för aktiebolag. I detta ligger att revidera kravet som ställs på att aktiebolagens stiftare ska tillskjuta en viss summa pengar som ekonomisk buffert till bolaget, ett så kallat aktiekapital. Den minsta nivå av aktiekapital som behöver tillskjutas bolaget vid bildningen utgörs av minimikapitalet. I Sverige tillämpas för privata aktiebolag ett minimikapital om 50 000 kr. Beloppet halverades från 100 000 kr genom en lagändring år 2010. Lagstiftaren menade att den gamla beloppsgränsen låg för högt för att stimulera landets nyföretagande, men samtidigt att minimikapitalet som sådant var bra då det i viss mån borgade för seriösa bolagsbildare och att aktiebolagen till borgenärernas förmån skulle ha en viss förmögenhetsmassa att ta ur vid insolvens. I anglosaxiska länder som Storbritannien och USA har man valt att avskryva minimikapitalet, och istället tillgodose behovet av borgenärsskydd genom regler om t.ex. otillåtna värdeöverföringar i relation till ett test om bolagets insolvens samt ett skadeståndsansvar för bolagsledningen då dessa brukat otillbörliga affärsmetoder. Större tilltro sätts också till avtalsrätten, och parternas förmåga att på egen hand sörja för det skydd som bedöms lämpligt vid en kreditgivning eller köprättslig transaktion. Slutligen utnyttjas också försäkringssystemen för att täcka det skyddsbehov som t.ex. tredje man har då han/hon skadas av bolaget. Sverige skulle mycket väl kunna överge minimikapitalsreglerna och inkorporera drag av anglosaxisk rätt i den inhemska lagstiftningen. Sannolikt skulle detta leda till etableringen av mer ändamålsenliga borgenärsskyddsregleringar och ett mer lukrativt företagsklimat.

Summary in English

A trend in the company laws of Sweden, Europe and parts of the rest of the world is to simplify the rules for limited liability corporations. Within this simplification lies the revising of the requirement imposed on the companies' founders to inject a certain amount of money as an economic buffer to the company, a so-called legal capital. The minimum level of legal capital required to legally form a company is called minimum capital. In Sweden, a limited liability (without shares for public trading) company needs to have a minimum capital of 50 000 SEK. The amount was cut from 100 000 SEK by a legislative amendment in 2010. The legislator claimed that the previous amount was too high to stimulate new business, but that the minimum capital itself was functional, since it served as a guarantee that a company founder was serious about his/her business and made sure that a certain body of assets protected the claims of company creditors should insolvency occur. In Anglo-Saxon countries such as Britain and the United States no minimum capital is longer required, and the need for creditor protection is instead addressed by the rules of fraudulent transfers and insolvency testing as well as fiduciary duties and liability for the company management in case of wrongful trading. Parties' abilities to independently ensure the protection deemed appropriate when arranging a credit or purchase of some sort is also trusted to function well. Finally, insurance regulation is used to secure the protection needed by any third party suffering damage as a result of the company's actions or non-actions. Sweden could very well abandon the minimum capital rules and incorporate the presented traits of Anglo-Saxon law in its domestic legislation. Such actions would most likely lead to the establishment of a more effective creditor protection and a more lucrative business climate.

Förkortningar

AB	Aktiebolag
ABL	Aktiebolagslag (SFS 2005:551)
BrB	Brottsbalk (SFS 1962:700)
Dir.	Direktiv/Kommittédirektiv
EU	Europeiska Unionen
Prop.	Proposition
(R)MBCA	(Revised) Model Business Corporation Act
SE(-bolag)	Societas Europaea (jfr. Europarättsliga publika aktiebolag)
SFS	Svensk Författningssamling
SkL	Skadeståndslag (SFS 1972:207)
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SPE(-bolag)	Societas Privata Europaea (jfr. Europarättsliga privata aktiebolag)
UFTA	Uniform Fraudulent Transfer Act
VD	Verkställande direktör
ÅRL	Årsredovisningslag (SFS 1995:1554)

1. Inledning

1.1 Ämne | Bakgrund

Det finns ett flertal former genom vilka man kan bedriva näringsverksamhet i Sverige. En populär sådan är genom bildandet av ett aktiebolag – en ”behaglig” företagsform då bolagets ägare står utan personligt betalningsansvar om bolaget hamnar i en finansiell kris. Av olika anledningar har lagstiftaren dock menat att stiftaren av ett aktiebolag vid uppstarten bör ”satsa” en viss summa på sin affärsidé, genom att tillföra bolaget ett så kallat aktiekapital. Detta kapital ska främst fungera som en trygghet för bolagets borgenärer, som kan förlita sig på att ett visst kapital ändå finns att tillgå ifall bolaget skulle hamna på obestånd.¹ År 2010 ändrades Aktiebolagslagen, ABL, och de svenska reglerna för lagstadgad miniminivå av aktiekapital (minimikapitalet). I privata aktiebolag sänktes beloppet från 100 000 kr till 50 000 kr (ABL 1:3²).³

Denna uppsats kommer att diskutera för- och nackdelarna med företeelsen som är aktiekapitalet samt utforska möjligheten att avskryva detta, och se om den svenska rättsordningen skulle kunna skydda bolagens borgenärer på ett mer ändamålsenligt vis. Författarens intresse för detta ämne har väckts dels av den pågående debatten rörande aktiekapitalet i Europa och anglosaxiska länder, dels av påträffade anekdoter och dels av egenkomponerade tankeexperiment. Medan förstnämnda debatt kommer att genomgåas extensivt under senare delar av denna uppsats skulle jag nu vilja belysa det möjliga problemet utifrån två andra vinklar:

En välfungerande verksamhet – men inga besparingar

Vi kan tänka oss den situation där en jurist, A, och en ekonom, B, bildar ett aktiebolag tillsammans – de ska bedriva konsultverksamhet för mindre företag i behov av assistens med allt som gäller den ekonomiska och juridiska aspekten av bolagsdriften. Aktiebolagsformen vill A & B åt då de upplever att stämpeln ”AB” skänker tyngd åt verksamheten och distanserar även företaget från bildarna rent ekonomiskt. Konsultbolaget i fråga, låt oss kalla det Bolagskonsult (AB), kommer att ta möten främst ute på klienternas kontor, där finns tillgång till samtligt material relevant för konsultuppdraget och det är där enklast att få en bild av pågående verksamhet. När

¹ Sandström, s. 13-18.

² Uppsatsen kommer genomgående att bruka tekniken ”*kapitel:paragraf*” vid hänvisning till svenska lagrum.

³ Sandström, s. 55.

Bolagskonsult AB förbereder uppdragen och sköter övrig drift av det egna företaget sitter A & B i sina respektive lägenheter. De bor nära varandra och har lätt för att ses över en kopp kaffe eller lunch när verksamheten så kräver. De är båda två nyutexaminerade och har efter 5 års studier inte några sparpengar att ta av. Inför bolagsbildningen blev det därför bekymmersamt hur de skulle göra med det där aktiekapitalet som behövde sättas in. A och B hade var sin dator – denna skulle vara till nytta för bolaget och får därför (ABL 2:5-6) tillföras som aktiekapital i form av så kallad apportegendom. En revisor bedömer detta som gott och värderar datorerna till totalt 20 000 kr. A och B har också redan fått två stycken uppdrag, som de fakturerat ett belopp om totalt 20 000 kr för. Detta är bolagsmännen givetvis mycket glada över, det går bra redan innan de egentligen börjat driva sin verksamhet. Revisorn godkänner också dessa kundfordringar som apportegendom. Sammanlagt har alltså A och B 40 000 kr som kan agera minimikapital för bolagsbildningen. Var de sista 10 000 ska komma ifrån har de dock ingen aning om. Som det ser ut nu behöver de inte fler tillgångar i verksamheten, och så länge som kunderna betalar sina fakturor så kommer de inte heller att behöva låna pengar för att kunna driva sitt bolag genom uppstartsfasen. Därför undviker de gärna att ta banklån för att täcka upp återstående delen av aktiekapitalet och behöva ställa personlig borgen eller sätta privat egendom som pant. Reglerna om aktiekapital har stoppat starten av vad som såg ut till att bli ett lukrativt konsultaktiebolag.

Det tveksamma värdet av tillskjuten egendom

Den svenska relativt välkända bloggerskan ”Blondinbella” har i ett inlägg på den egna bloggen beskrivit hur hon brukat en revisors värdering av varumärkesvärdet för hennes blogg som aktiekapital vid bildandet av Blondinbella AB.⁴ Enligt mig är detta ett utmärkt exempel på hur aktiekapitalsreglerna inte har den skyddande funktion för borgenärer som lagstiftaren menar att associationsrätten ska värna om. Inte nog med att 50 000 kr är en låg summa att erbjuda borgenärerna i skydd, görs det dessutom i form av apportegendomen ”värdet av en blogg” så måste detta vid en marknadsmässig bedömning kunna fluktuera och vid en viss dag vara nära 100 000 kr för att dagen därefter kanske istället uppgå till 100 kr. Osäkerheten gällande värdet av detta insatta minimikapital kanske rentav eliminerar den roll av säkerhet och trygghet som det i teorin erbjuder. Om en bolagsbildare tillåts använda sig av något där värdets bestående är så pass osäkert så torde det vara lika med en urholkning av skyddet som aktiekapitalsreglerna ska utgöra. Det är inte heller så att balansräkningar upprättas och granskas varje dag, och även om bolagsmännen satt in en dator som apportegendom så sjunker sådan typ av egendom snabbt i värde och kanske inte alls kan säljas för det av revisorn intygade beloppet vid ett eventuellt insolvensförfarande. Reglerna om aktiekapital har visat sig kunna innebära ett konstlat och osäkert borgenärsskydd.

⁴ Blondinbella.se, 2011-04-19, ”Läsarfråga” (<http://blondinbella.se/2011/04/19/lasarfraga-57/>), hämtad 2013-03-01.

1.2 Syfte | Frågeställning

Syftet med denna uppsats är alltså att granska ifall de svenska reglerna om insättande av minimikapital vid bolagsbildningen är en gynnsam och ändamålsenlig form av borgenärsskydd, eller om lagreglerna är onödigt betungande för entreprenörer utan att heller ens utgöra adekvat skydd för de parter som agerar fordringsägare gentemot aktiebolaget i fråga.

Diskussionen kommer att utgå ifrån och belysa följande frågeställningar.

- Givet utländsk, framförallt anglosaxisk, tradition att i stor utsträckning slopa kravet på aktiekapital/minimikapital vid bildande av aktiebolag – varför håller den svenska rättsordningen kvar vid ett relativt högt belopp? Ett belopp som dessutom är oflexibelt och inte beaktar verksamheten som bedrivs i respektive bolag (och det kapitalkrav som denna verksamhet kräver).
- Flertalet borgenärer kan avtalsvägen sätta upp sina egna skyddssystem gentemot aktiebolaget i fråga. Vore inte detta att föredra istället för ett lagstadgat krav på aktiekapital? Kommer borgenärer som saknar denna möjlighet att lida av upphävda aktiekapitalsregler? Hur har det fungerat i länder där aktiekapitalsreglerna upphävts?
- Givet att man förespråkar kvarvarandet av minimikapitalsreglerna, är då ändå inte 50 000 kronor – kanske tillskjutet bolaget i form av svärvärderad apportegendom/apportegendom vars värde sjunkit markant vid insolvensdagen och som knappt längre kan realiseras till borgenärernas förtjänst – en för låg skyddsnivå?
- Känns resonemanget att aktiekapital garanterar ”seriositet” hos bolagets grundare logiskt och gott, eller rentav något krystat?
- Varför har man vid svenskt lagstiftningsarbete varit så återhållsam, och hänvisat till Andra bolagsdirektivets⁵ regler för publika bolag även när det gäller privata aktiebolag? Är detta ett nödvändigt mönster att tillämpa? Är inte privata och publika bolag så pass skilda att man däri kan reglera aktiekapitalsfrågan på helt olika sätt?

1.3 Metod och material

För uppsatsens färdigställande har en *rättsvetenskaplig metod* (rättskälleläran, juridisk metod samt en analyserande komparativ metod) använts.⁶ De bolagsrättsliga källor som brukats har bestått främst av lagtext, statliga utredningar och andra dokument upprättade i samband med framlagda förslag om lagändring samt svensk och internationell doktrin. Detta följer av ämnets och uppsatsens karaktär. Aktiekapitalet är ett genom lag reglerat

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/68/EG av den 6 september 2006 om ändring av rådets direktiv 77/91/EEG när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital.

⁶ Sandgren, s. 39.

fenomen, varför motiv och förklaring till dess införande och ändringar återfinns i diverse förarbeten. För frågan om borgenärer finner trygghet i aktiekapitalsreglerna har vi främst att vända oss till av jurister gjorda studier och publicerade artiklar. Affärsvärlden lägger gärna locket på, och några domstolsprocesser att granska gällande aktiekapitalets duglighet som borgenärsskydd finns därför inte att tillgå. Vanligt är att parter i ett gäldenärs-borgenärsförhållande gör upp utan inblandning av rättsväsendet, och källor som skulle kunna illustrera sådana uppgörelser är därför inget som gemene man har att tillgå. Det senaste (och möjligen enda) rättsfallet från Högsta Domstolen vari aktiekapitalet utgjorde en sakfråga är från 1910-talet, och således inte av större relevans för denna uppsats. Några avgörande på högsta instans nivå rörande apportegendom och värdering/nytta av sådan har jag inte överhuvudtaget kunnat finna. Det hade annars varit av värde att se hur rättssamhället och domstolarna tolkat lagtexten givet inträffade situationer och inte bara hur resonemang inför eventuella förändringar förts. Som jag påpekat ligger tyvärr detta i ämnets natur, varför det får accepteras som en grund inför bruket av källor i denna uppsats.

Gällande doktrinen har jag aktivt sökt efter nyare artiklar och skrifter, som kunnat ge en bild av den ”uppdaterade bolagsrätt” som råder i dagens Europa (präglad av enklare regleringar för aktiebolag och i viss utsträckning också sänkt eller övergivet aktiekapitalkrav). Mitt urval har också grundat sig i att använda författare som inte enhetligt och utan förbehåll förespråkar ett slopat krav på aktiekapital, utan som kan belysa för- och nackdelarna med ett sådant system ur ett objektiva synsätt och utifrån empiriskt underlag. Oundvikligen har varje författare sina egna åsikter och slutsatser, men likaså har också jag haft ambitionen att komma fram till just mina. Flera av de återgivna författarna tillhör de främsta rättsvetarna inom svensk bolagsrätt.

Då uppsatsen innefattar en studie av anglosaxiska kontra svenska regleringar för borgenärsskydd gentemot privata aktiebolag ska även metodansatserna kring denna nämnas. Anledningen till att inkludera en jämförande studie av svensk och anglosaxisk rätt är för att gynna analysen och diskussionen kring *de lege ferenda*. Jag har använt mig av en komparativ metod, och på ett rationellt vis gått igenom de olika regelsystemen för att jämföra dem.⁷ Min strävan var att inte bli bunden av svenska nationella rättsliga metoder eller lösningar på frågan om borgenärsskydd, utan istället vända blickarna utåt för att upptäcka andra fungerande lösningar på detta problem. Det var också viktigt att inte enbart redovisa för innehållet i mer ändamålsenliga utländska rättsliga metoder utan även att i avslutande analys återkomma till dessa utländska instrument. Att inkludera anglosaxisk rätt i uppsatsen har syftat till att se vilka erfarenheter man har haft av lagen som den ser ut där, och om dessa lösningar varit välfungerande. Min studie har utförts med kritiska läsglasögon på, med en medvetenhet om att rättsregler som fungerar väl under rådande nationella förutsättningar kan visa sig vara odugliga eller t.o.m. skadliga i ett annat land, givet där rådande rättstraditioner och samhällsbyggnad.⁸ Jag är medveten om, och har beaktat det faktum, att utländsk rätt bör och ska studeras i sin helhet, inte i lösryckta delar. Granskningen har med anledning av detta inte kunnat begränsas till

⁷ Bogdan, s. 23-24.

⁸ Bogdan, s. 30-31.

enbart bolagsrätt i de olika jurisdiktionerna, utan det har varit nödvändigt att beakta t.ex. insolvensrätt.⁹ Det är också oundvikligt att stöta på översättningsproblem vid studier av utländsk rätt. Översättningarna i uppsatsen är mina egna, och där jag har ansett det ändamålsenligt har jag i kombination med en översättning behållit det engelska ursprungliga uttrycket i kursiverad stil. Flertalet engelska juridiska termer saknar tyvärr någon direkt motsvarighet i svenskan, vilket är viktigt att känna till både som författare och läsare av en komparativ studie.¹⁰

Samtliga källor har granskats kritiskt för att få en klar och överblickande bild av det svenska och utländska rättsläget gällande aktiekapitalets varande eller icke-varande.

1.4 Avgränsningar

Givet utrymmesbegränsningen har jag valt att enbart granska aktiekapitalsreglerna i privata aktiebolag, men den avvikelsen att jag även diskuterar varför man från svensk lagstiftnings håll valt att hålla samman privata och publika bolag i aktiekapitalsfrågan, när de många andra vis skiljer sig. När jag således använder mig av begreppet aktiebolag/AB är det privata aktiebolag som åsyftas. Rör diskussionen publika aktiebolag kommer detta uttryckligen att anges.

Jag blickar utåt främst mot de anglosaxiska länderna, där en lång tradition av slopat aktiekapital har lett till en etablering av andra lösningar för borgenärsskydd. Storbritannien och USA kan alltså erbjuda en alternativ helhetsbild gällande borgenärsskydd, och inte bara mindre justeringar av det svenska systemet (vilket kanske hade blivit fallet om jämförelsen gjorts med svenskliknande rättssystem).

Av utrymmesskäl har jag även valt att huvudsakligen analysera reglerna om tillförande av ett minimikapital vid bildandet av ett aktiebolag¹¹. För helhetens skull ska jag också belysa reglerna om förbrukande av aktiekapital under en viss gräns/kapitalbrist och värdeöverföringar från bolaget, men tyngdpunkten ligger på tillförsel av ursprungligt aktiekapital, då detta är ”roten” till regelverket som sådant. Slopas kravet på minimikapital följer med nödvändighet en omreglering av samtliga kapitalsskyddsregler i svensk associationsrätt. Detta medför att jag i huvudsak hänvisar till lagrum relaterade till bildningen av aktiebolag, och inte vad som gäller för betalning av aktier vid nyemission och liknande (även då berörs nämligen instrumentet aktiekapital). Påpekas ska också att det främst är vid uppstarten av och det eventuella insolvensförfarandet i ett bolag som aktiekapitalet ens är fråga av relevans för ett aktiebolag.

⁹ Bogdan, s. 50-52.

¹⁰ Bogdan, s. 52-54.

¹¹ Jag tillämpar en relativt lös och liberal användning av termerna aktiekapital och minimikapital. Avgränsningsavsnittet bör dock göra läsaren klar med att jag i första hand diskuterar minimikapitalets vara eller inte vara.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en genomgång av det svenska systemet för borgenärsskydd i förhållande till privata aktiebolag. Därefter följer en redogörelse för de senaste ändringarna av svensk associationsrätt i de delar sådan har koppling till frågan om aktiekapital. I kapitel fyra vänds blicken ut mot de anglosaxiska rättsordningarna och deras hantering av frågan om borgenärs skydd gentemot gäldenärsbolag. Den femte delen av utredningen behandlar argument för och emot företeelsen som är aktiekapitalet. Författarens tankar gällande framtiden för den svenska aktiekapitalsregleringen återfinns i kapitel sex, vari en återkoppling till nämnda syfte och frågeställningar görs. En avslutande kommentar i detta kapitel knyter samman säcken och presenterar de slutsatser jag som författare nått genom arbetet med denna uppsats.

2. Aktiekapitalet ur ett borgenärsperspektiv – en introduktion

2.1 Grundläggande om det aktiebolagsrättsliga borgenärsbegreppet

I sin verksamhet agerar ett aktiebolag generellt med externa parter. De som bolaget på något vis sätter sig i skuld till – lånar pengar av, köper varor av, anställer – dessa utgör bolagets borgenärer. Till gruppen borgenärer/externa fordringsägare placerar vi alltså typiskt sett bolagets banker, institutionella kreditgivare, leverantörer, staten genom skatteanspråk och eventuella lönegarantikrav, anställda samt innehavare av utomkontraktuella skadeståndsanspråk.¹² Ett bolags borgenärer delas för överskådlighetens skull in i olika grupper¹³:

- Frivilliga/*voluntary* – som har en kontraktuell relation med bolaget i fråga.
- Ofrivilliga/*involuntary* – vars fordran har uppstått annorstädes än genom avtal (exempelvis ett utomkontraktuellt skadestånd).
- Anpassande/*adjusting* – vilka är beredda att bära transaktionskostnaden som krävs för att anpassa villkoren efter risken förknippad med krediten.
- Icke-anpassande/*non-adjusting* – vilka inte anpassar avtalsvillkoren efter den tagna risken.

Dessa typer förekommer i olika kombinationer, t.ex. så utgör en mindre kund en frivillig, icke-anpassande, borgenär. Typerna erbjuder tyvärr inte en fullständig bild över möjliga borgenärstyper. T.ex. utgör staten en icke-anpassande borgenär då staten inte kan anpassa den givna krediten – skattefordran – men på längre sikt ensidigt kan ändra avtalsvillkoren för samtliga gäldenärsbolag genom en lagändring. Staten i egenskap av lagstiftare saknar

¹² SOU 2008:49, s. 49-51.

¹³ Andersson, 2010, s. 54.

därför något verkligt eller betänkvårt skyddsbehov. Sådana samhällliga realiteter bör man alltså också beakta vid en systematisk genomgång av borgenärskollektivet.¹⁴

2.2 Om borgenärsskydd i form av aktiekapital och dess relation till övriga skyddsregler

2.2.1 Aktiekapitalet och ABL som borgenärsskydd

Ur borgenärsperspektiv är aktiekapitalet¹⁵ en förmögenhetsbuffert, avsedd att trygga att bolaget infriar de åtaganden som gjorts gentemot borgenärerna. En buffert mot ekonomiskt dåliga tider alltså.¹⁶

Om bolagets upplöses står borgenärerna före aktieägarna i kö för att få betalt för sina fordringar. Därför är det generellt sett tillräckligt för borgenärerna att aktieägarna skyddar sitt eget intresse av att aktiebolagets verksamhet går bra – på så vis skyddas ju också borgenärerna. Dock kan situationen uppstå då aktieägarna inte har detta intresse, kanske för att hoppet är ute om att något ska bli över åt dem vid en konkurs. Vid sådana lägen behöver borgenärerna själva kunna ingripa.¹⁷ Så kan ske genom att borgenärerna försätter bolaget i konkurs och framställer skadeståndsanspråk genom konkursförvaltningen gentemot bolagets ledning, revisor eller aktieägare. Influtna medel kommer då att gå till borgenärerna. Risken finns dock att aktieägarna medgivit styrelsen ansvarsfrihet eller underlåtit att väcka talan mot styrelse/VD under ett så pass långt tidsspänn så att saken inte längre kan göras gällande.¹⁸ Skulle aktieägarna via bolagsstämman träffa en uppgörelse om ersättning för att undanhålla egendom från borgenärerna kan detta medföra straff för de som företräder bolaget, enligt BrB 11:1. Att avhända sig egendom av betydande värde inför stundande/under obestånd är straffbart som ”oredlighet mot borgenärer”. BrB stoppar alltså förfaranden som skulle förvärra den situation borgenärer befinner sig i då ett bolag hamnar i ekonomisk knipa.¹⁹

Borgenärer kan också ha en möjlighet att kräva skadestånd direkt från bolaget baserat på ABL 29:1-2: Då styrelseledamot, VD eller revisor åsamkat en borgenär skada genom överträdelse av borgenärsskyddsreglerna i ABL, ÅRL eller bolagsordningen kan en skadelidande borgenär som inte fått betalt av bolaget i fråga vända sig med sitt skadeståndskrav direkt till skadevällaren. Detta indirekta skadeståndsansvar kräver dock att skadevällande handling har orsakat bolagets insolvens eller förvärrat en redan inträffad

¹⁴ Andersson, 2010, s. 54-55 & 57. Egendomen får alltså inte längre vara möjlig att utmätas eller tas i anspråk vid en konkurs hos den som tillskjutit apportegendomen, utan måste fungera på detta vis för bolagets eventuella konkurs. Skog, s. 43.

¹⁵ ”Förmögenhetsbufferten” utgörs av aktiekapitalet tillsammans med övrigt s.k. bundet kapital – poster under balansräkningens ”eget kapital” som syftar till att binda förmögenhet i bolaget till förmån för borgenärerna. ÅRL 5:4 listar aktiekapital, reservfond samt uppskrivningsfond som sådant bundet kapital. Ur Sandström, s. 136-137.

¹⁶ Sandström, s. 102-103.

¹⁷ Skog, s. 226.

¹⁸ Skog, s. 226.

¹⁹ Skog, s. 227.

sådan. Tilläggas ska också att om den skadevållande handlingen är av brottslig natur kan borgenären väcka skadeståndstalan även enligt SkL 2:2.²⁰

2.2.2 Relationen mellan aktiekapital som borgenärsskydd och övriga skyddsmekanismer

Att man som ägare i ett aktiebolag som huvudregel undslipper så kallat personligt betalningsansvar för i bolag uppkomna förpliktelser (1:3 1st. ABL) särskiljer aktiebolaget från övriga bolagsformer, såsom handelsbolaget eller det vanligt förekommande enskilda bolaget. Med anledning av detta har borgenärerna bolagsrättsligt att söka sig till bolagets förmögenhet för att täcka sina fordringar. Önskas ytterligare skydd får borgenärerna tillgodose sig pantor, borgen eller andra liknande säkerhetsinstrument. Borgenärernas intressen skyddas även i andra rättsområden än just bolagsrätten och ABL. Av relevans är inte minst reglerna om förmånsrätt enligt obeståndsrätten.²¹

²⁰ Skog, s. 227-228.

²¹ SOU 2008:49, s. 49-51.

3. Svensk reglering av aktiekapital och förslag till förändringar under senare tid

3.1 Huvuddragen gällande aktiekapital i svensk associationsrätt

3.1.1 Minimikapitalet och bolagsbildningen

Borgenärernas möjlighet att söka medel ur aktiebolaget ingår i det så kallade kapitalskyddet i ABL. Inte sällan understryks vikten av att en bolagsförmögenhet faktiskt skapas då bolaget bildas och att denna i möjligaste mån hålls intakt under bolagets livstid. Det har även ansetts vara rimligt att kräva att den som vill bruka aktiebolagsformen ska vara kapabel och villig till ett visst kapitaltillskott. Utan sådan beredskap eller förmåga bör en företagare inte vara tillåten att använda aktiebolagsformen. Istället är hon/han hänvisad till en annan företagsform, innefattande personligt ansvar för i verksamheten uppkomna fordringar.²²

En huvudsaklig del av kapitalskyddet enligt ABL består i att aktiebolag ska ha ett aktiekapital (1:4 ABL). Detta måste alltså för privata aktiebolag idag uppgå till minst 50 000 kr eller motsvarande belopp i euro (1:5 ABL). Aktiekapital avser summan av kvotvärdena för de aktier som ges ut vid bolagets bildande. Summan bestäms vid bolagets bildande och är det lägsta belopp som då måste tillskjutas. Under bolagets existens kan aktiekapitalet både ökas och minskas, men aldrig under de 50 000 kr som utgör minimigränsen. Aktiekapitalet kan vid bolagsbildningen tillskjutas antingen genom kontanta medel eller i form egendom (då benämnt apportegendom, ABL 2:5). Först när full betalning av aktiekapitalet har skett godkänns bolagsregistreringen och verksamheten utan personligt betalningsansvar kan inledas. Används apportegendom för täckande av aktiekapitalet ska denna enligt ett revisorsintyg ha minst det värde som den åsatts, och bedömas kunna vara av nytta för bolaget i fråga (2:6 ABL).²³ Två centrala problem aktualiseras vid användandet av apportegendom som täckning för aktiekapitalet:

- *Vilken typ av egendom kan tillåtas?* Som utgångspunkt ska egendomen alltså vara till nytta för verksamheten som ska bedrivas i bolaget (2:6-7 ABL). Apportegendom som är onyttig för bolagets verksamhet eller som är extremt svårvärderad är därför förbjuden. Extremt svårvärderad är t.ex. egendom som är avhängig en enskild persons tycke och smak, som prydnadsföremål och

²² SOU 2008:49, s. 49-51.

²³ Andersson, 1999, s. 42 & SOU 2008:49, s. 49-51.

personligt lösöre. I övrigt är mycket egendom tillåten, all förmögenhet som kan tas upp i bolagets balansräkning accepteras, och här ingår fast/lös egendom, materiella samt immateriella tillgångar, en enskild näringsidkares rörelse (så att enskilda tillgångar och skulder tas upp av det bildade aktiebolaget), andelsrätter i andra bolag, fordringar (på annan än aktietecknaren/den som ska tillskjuta aktiekapital för bolagsbildningen). Lagen förbjuder uttryckligen löften om tillskott genom arbete/tjänst för bolagets räkning, då det är svårt att avgöra värdet av vad bolaget tillförs genom utfört arbete. Egendomen måste vidare tillföras bolaget så att det sakrättsligt hör till detta.²⁴

- *Hur och av vem ska egendomen värderas?* Det råder förbud mot övervärdering, och bolagsstiftaren har ansvar för att en försvarlig värdering utförs. Risken är stor för att denne vill övervärdera egendomen, varför revisors granskning av utförd värdering fyller en stor funktion. Revisorn utfärdar en försäkran om egendomens minsta värde, att den är av nytta för samt har tillförts bolaget (ABL 2:19). Revisorn ger inte egendomen ett bestämt belopp, utan intygar att den av stiftaren utförda värderingen inte gjorts till ett för högt belopp. Finner revisorn egendomen svårvärderad ska detta anmärkas i sagda intyg.²⁵ En bolagsstiftare kan bli skadeståndsskyldig gentemot bolaget om han/hon uppsåtligt eller av oaktsamhet skadat detta, vilket kan vara fallet om tillförd apportegendom övervärderats (ABL 29:1). Sådant skadestånd skulle komma borgenärerna tillgodo vid ett insolvensförfarande.²⁶

Anmärkas ska att ursprungligt aktiekapital kan vara mycket högre än minimumgränsen om (idag) 50 000 kronor. Dock är det ett överväldigande antal av registrerade privata aktiebolag vars aktiekapital motsvarar just det lagstadgade minimikravet.²⁷

3.1.2 Behålla aktiekapitalets täckning och bolagsdriften

Hur kapitalskyddet sedan under driften av bolaget fungerar illustreras t.ex. med hjälp av ABL:s bestämmelser om otillåtna värdeöverföringar (17 kap). Sådana är affärshändelser som minskar bolagets förmögenhet och som saknar rent affärsmässig karaktär för bolaget. En värdeöverföring får äga rum enbart om det efteråt finns full täckning för bolagets bundna kapital²⁸ (beloppsspärren). Dessutom måste den framstå som försvarlig givet

²⁴ Sandström, s. 113.

²⁵ Sandström, s. 113-114. Värt att anmärka i sammanhanget är att om bolagsstiftaren vilselett vid värderingen av apportegendomen kan detta vara brottsligt i enlighet med BrB 9:1 och 9:9, bedrägeri eller svindleri. Skog, s. 43. Bevisbördan vad gäller ett brott är dock inte densamma som vad gäller huruvida apportegendom blivit bolagsrättsligt rätt värderad.

²⁶ Skog, s. 43.

²⁷ Andersson, 1999, s. 42.

²⁸ Prop. 2009/10:61, s. 5: Det egna kapitalet kan delas upp i bundet och fritt eget kapital. Aktiekapitalet utgör tillsammans med eventuell uppskrivningsfond, reservfond och kapitalandelsfond det bundna egna kapitalet (5 kap. 14 § årsredovisningslagen [1995:1554]). Övrigt eget kapital är fritt eget kapital.

kraven som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på det egna kapitalets storlek samt bolagets ekonomiska ställning i övrigt (försiktighetsregeln).²⁹

Värt att belysa är även 25 kap. ABL, och bestämmelserna däri som ålägger bolagets styrelse samt aktieägare att agera då tecken på kapitalbrist i bolaget uppvisar sig. Om marginalen mellan bolagets tillgångar och skulder minskat till en viss lägsta gräns (när skäl finns att anta att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, 25:13-14 ABL) är aktieägarna tvungna att antingen vidta åtgärder för att stärka bolagets ekonomiska ställning eller avveckla och likvidera bolaget – allt för borgenärernas intresse av ett kapitalstarkt gäldenärsbolag. Om sådana åtgärder försummas kan personligt betalningsansvar uppkomma för bolagsföreträdarna – främst styrelse och VD, 25:18 ABL. Vad gäller kap. 25 ABL är det alltså fråga om tvångslikvidation på grund av insufficiens – skulder överstiger tillgångar, inte som obeståndsrättens insolvens – oförmåga att betala skulder som förfallit.³⁰

De två ABL-instrumenten nu redovisade skänker tyngd åt kapitalskyddet och mening åt tillförandet av minimikapitalet vid bolagsbildningen.³¹

3.2 Anledning till diskussion

Aktiekapitalet i privata bolag uppgick före lagändringen 2010 till minst 100 000 kr, en miniminivå som också drygt 80% av alla aktiebolag valde att tillämpa. Kravet på att ett bolag ska ha ett visst aktiekapital är detsamma som ett krav på att viss marginal måste finnas mellan bolagets tillgångar och skulder. Eftersom bolagets borgenärer inte kan hålla bolagets ägare personligen betalningsansvariga om bolagets tillgångar utarmats anses aktiekapitalreglerna erbjuda dessa borgenärer ett rättmätigt skydd/kompensation. Ofta anförs också att en entreprenör bör kunna övertyga samhället om sin idé genom att vara beredd på och kapabel att skjuta till en viss summa pengar³². Trenden i delar av Europa och världen är dock att slopa kraven på aktiekapital för aktiebolagsliknande associationer. I Storbritannien har det länge räckt att skjuta till 1 pund vid bolagets bildande. Övervägandena inför den svenska lagförändringen 2010 kom sig av frågan om inte kapitalkravet utgör ett hinder mot startande av företag – i synnerhet för tjänste- och kunskapsföretag där kapitalkrävande tillgångar inte behövs – och därmed alltså var onödigt betungande? Och, eftersom gällande EU-bestämmelser tillåter att ett bolag som etablerats lagenligt i annat EU-land utan att erlägga något aktiekapital upprättar en filial i Sverige – är det inte motsägelsefullt att ett agerande på andra hållet ska kräva 50 000 kr?³³ Tilläggas ska också att en klar majoritet av alla aktiebolag i Sverige är privata, och

²⁹ SOU 2008:49, s. 51-52.

³⁰ SOU 2008:49, s. 52-54.

³¹ SOU 2008:49, s. 52-54.

³² Se exempelvis SOU 2008:49, s. 49-50.

³³ Antalet filialer startade i Sverige sedan Centros-avgörandet (EU-rättsfall som möjliggjorde för inkorporering i en medlemsstat och drivande av verksamheten genom en filial i en annan medlemsstat) har enligt SOU 2008:49 varit av begränsad mängd. Detta kan föranleda att omständighetens betydelse tystas ner. Anmärkas ska dock att den lägre siffran svenska filialer med t.ex. engelska bolag bakom sannolikt beror på en ”systematisk diskriminering från dominerande banker och skattemyndigheten”. Den låga siffran är också ointressant för den empiriska slutsatsen

av dessa är huvuddelen små bolag med 1-2 aktieägare. Det är alltså inte minst efter dessa man kan anse att lagen bör vara uppbyggd eller åtminstone bättre anpassad.³⁴

3.3 Senast gjorda ändringar

3.3.1 Dir. 2007:132 – Ett enklare aktiebolag

Kommittédirektiv 2007:132 gav statens utredare i uppgift att ta ställning till en sänkning av aktiekapitalet, till antingen:

- 50 000 kr,
- 20 000 kr, eller
- en nedsättning till ingen lägsta nivå överhuvudtaget, vilket skulle medge ett aktiekapital om 1 krona.

Utredaren skulle ta i beaktande vilka konsekvenser en sänkning skulle få för borgenärer och kreditgivning (skulle personlig borgen av bolagsbildarna komma att ersätta tillskjutet aktiekapital i fråga om funktion?) och allmänna intressen såsom skattesystemet. Det skulle även utredas hur en sänkning bäst kombineras med andra förändringar för att begränsa de effekter man inte ville se komma ut ur ett upphävt aktiekapitalssystem. Exempel på en sådan åtgärd skulle enligt direktivet vara att i svensk rätt införa ett oaktsamhetsansvar som i större mån möjliggör att vid konkursförfaranden kräva betalning från personerna som drivit verksamheten i bolaget. Sådana bestämmelser gäller idag i Storbritannien, där de kallas skadeståndsansvar för olaga affärsmetoder (*liability for wrongful trading*).³⁵ Från lagstiftarhållet är det alltså klart att blickarna vänds utåt mot världen i sökandet efter fungerande borgenärsskyddsinstrument.

3.3.2 SOU 2008:49 – Aktiekapital i privata aktiebolag

Utredningen besvarade direktivet diskuterat ovan (Dir. 2007:132), och förslagen däri huruvida aktiekapital för privata bolag bör sänkas från ursprungliga 100 000 kr till 50 000, 20 000 eller 1 kr. Utredningen mynnade ut i rekommendationen att sänka minimikapitalet till 50 000 kr, vilket också blev gällande lag (ABL 1:5). Trots utfallet är det intressant att ta en titt på resonemanget i utredningen, och de tankar som fanns kring aktiekapitalets varande eller icke-varande. Återstoden av vad som förs fram i detta kapitel härstammar från utredningen SOU 2008:49.³⁶

som kan dras på ett europeiskt plan. Filial-andelen i såväl Frankrike som Tyskland t.ex. är betydligt högre. Ur Andersson, Kapitalskydd i aktiebolag, s. 62-63, citat s. 63.

³⁴ SOU 2009:34, s. 147, 170.

³⁵ SOU 2009:34, s. 390-393 & SOU 2008:49, s. 128 – ur Dir. 2007:132.

³⁶ SOU 2008:49, s. 41-42.

Vid senaste *höjningen* av aktiekapitalsminimum (1995, från 50 000 kr till 100 000 kr) minskade antalet aktiebolag medan enskilda näringsidkare växte i antal. Aktiekapitalet har sannolikt alltså en påverkan vid valet av associationsform.³⁷

2006 använde sig nära 20% av nystartade aktiebolag av möjligheten att låna pengar från banken för att göra verklighet av sin affärsidé. Finansiering genom banklån för nystartade bolag beror vanligtvis på bankens helhetsbedömning av ägarna och företaget i fråga. Generellt kan sägas att banker bedömer det som centralt att bolagsägarna satsar eget kapital, som kan kompensera för det faktum att något personligt betalningsansvar inte kan uppstå. Även faktorer som affärsidén, framarbetad budget, kassaflödet, likviditeten, den bedömda återbetalningsförmågan och eventuellt erbjudna säkerheter har betydelse.³⁸ Den framväxande sektorn³⁹ av tjänste- och kunskapsföretag upplever troligen reglerna kring aktiekapital orimligt betungande – då bolag inom denna bransch sällan har behov av några ”kapitalkrävande tillgångar”.⁴⁰ Det finns alltså inga tillgångar av värde som nödvändigtvis ändå måste tillföras bolaget för att verksamheten ska kunna starta, såsom är fallet med t.ex. ett åkeri, en verkstad eller en restaurang. En jurist kan sitta hemma och arbeta på en dator – och har då bara samlat på sig 1/5 av gällande minsta aktiekapital.

2004 kritiserade en expertgrupp inom EU kapitalreglerna, med motiveringen att aktiekapitalet inte anpassats efter verksamheten som bolag bedriver och därför heller inte skyddar bolagens borgenärer. Det konstaterades att aktiekapitalet var ett primitivt mått på ett bolags förmåga att betala de skulder man dragit på sig, att regelverket inte erbjöd någon flexibilitet samt att det var kostsamt för företagen som drabbades. Det sades även vara otillräckligt att göra en bedömning av hur stor del av ett bolags tillgångar som kan distribueras endast genom att titta på årsredovisningen. Denna kritik har dock inte (hittills) lett till någon förändring av Andra bolagsdirektivet.⁴¹

Kravet på ett minimibelopp saknar reell betydelse för borgenärer som i stället avtalsvägen kan säkra sina intressen. Det rör sig t.ex. om leverantören som kan bruka återtagandeförbehåll eller leasing-modeller som säkerhet, och kreditgivaren som för ett lån låter kräva personlig borgen av bolagsägaren. Länder utan krav på minimikapital (exempelvis Storbritannien och Frankrike) lämnar det till borgenärerna att i större utsträckning ställa krav på tillräckliga kapitaltillskott i bolaget samt att begära ytterligare säkerheter för sina fordringar, givet att borgenärerna är anpassande.⁴² Det är ju dock inte alla fordringsägare som avtalsvis kan reglera villkoren enligt vilka de interagerar med bolaget. I detta senare fack, av icke-anpassande borgenärer, hamnar staten med sina anspråk på skatter och eventuellt lönegaranti, och utomkontraktuella parter med skadeståndsanspråk. Även en anpassande borgenär kan, på grund av bristande kunskaper, vilja eller information, ha svårt för att skaffa sig tillräcklig och önskad säkerhet. För dessa

³⁷ SOU 2008:49, s. 41-42.

³⁸ SOU 2008:49, s. 46.

³⁹ SOU 2008:49, s. 90 framför att en *majoritet* av nybildade bolag idag är inom just tjänstesektorn.

⁴⁰ SOU 2008:49, s. 62.

⁴¹ SOU 2008:49, s. 64.

⁴² SOU 2008:49, s. 83.

borgenärer spelar kravet på minimikapital en viktig roll. Givet att kapitalet dock snabbt kan förbrukas, kanske det är av (mer symboliskt och) mindre reellt värde.⁴³

Kapitalskyddsbestämmelserna spelar roll också genom att utgöra en kollektiv garanti för nuvarande och framtida borgenärer. Plockar man bort skyddsreglerna skulle individuella överenskommelser behövas i större utsträckning. En individuell överenskommelse har sina fördelar, särskilt då den tar hänsyn till den rådande situationen för inblandade parter. Detta måste dock ställas i relation till den ökade transaktionskostnad överenskommelsen innebär. Behåller rättsordningen kapitalskyddsreglerna kan dessa likväl kompletteras med egna överenskommelser där det passar, då borgenärer önskar ett mer utvidgat skydd än vad aktiekapitalet erbjuder. För alla icke-anpassande borgenärer kan kapitalskyddet beaktas som en typ av standardkontrakt.⁴⁴

Flertalet banker har ett relativt högt krav på säkerheter vid långivning och kommer att anpassa sin verksamhet efter eventuella ändringar, och bankerna ”förutser en ökad användning av säkerheter såsom personlig borgen samt i vissa sammanhang ett krav på mer omfattande information från företagaren för det fall kravet på ett minsta aktiekapital tas bort eller väsentligen sänks”.⁴⁵

Det finns ytterligare funktioner till aktiekapitalet än enbart det av borgenärsskydd, och en anledning att behålla det ska vara eftersom det utgör en sorts ”seriositetsspärr” för företagare. Denna spärr ska säkerställa att entreprenörer har en affärsidé genomtänkt nog för honom/henne att själv göra en större kapitalinsats för. Detta förhindrar likaså att aktiebolagsformen används för oseriösa syften.⁴⁶ Vid föregående höjning av aktiekapitalets minimum, 1973 – från 5 000 till 50 000 kr, underströks att den låga summan möjliggjort att aktiebolagsformen ofta använts för att nå skattemässiga fördelar och missbrukats genom att användas av företag som inte avsetts drivas som just aktiebolag.⁴⁷

Nutek (Tillväxtverket⁴⁸) har presenterat underlag uppvisande studier som uppmärksammar att krav på minimikapital till del verkar ha viss negativ effekt på uppkomsten av nya företag. Så exempelvis när satsningar rör innovativa idéer med större riskmoment än normalt. Dock ska inget empiriskt stöd finnas för påståendet att nyföretagande som sådant (i sin helhet) skulle öka genom sänkt krav på aktiekapital. Att enbart förändra kapitalkravet skulle dessutom troligtvis inte inverka större på bolagens överlevnads- eller tillväxtförmåga. Som företagare skulle man även trots en sådan förändring ha ett intresse av att tillföra verksamheten relevant kapital. Det är dock möjligt att ett sänkt aktiekapital skulle leda till att flera skulle bruka sig av aktiebolagsformen,

⁴³ SOU 2008:49, s. 83.

⁴⁴ SOU 2008:49, s. 83-84.

⁴⁵ SOU 2008:49, s. 85.

⁴⁶ SOU 2008:49, s. 85-86.

⁴⁷ SOU 2008:49, s. 85-86.

⁴⁸ Den 1 april 2009 övertog Tillväxtverket största delen av den verksamhet som tidigare funnits inom Nutek, Verket för näringslivsutveckling, <http://www.tillvaxtverket.se/ovrigt/nutek.4.3c4088c81204cca906180008244.html>.

företagare som idag bildar enskild firma. Även företagare som driver sin verksamhet som en bisyssla utan reella tillväxtplaner skulle sannolikt valt aktiebolagsformen.⁴⁹ Det finns, som tidigare också påpekats, flera förmånliga aspekter av att driva sin verksamhet i formen av ett aktiebolag – undslippa risken av personligt betalningsansvar, skattefördelar gentemot att driva enskild firma, kontakter med utomstående intressenter underlättas, aktiebolagsformen har ett gott rykte vilket underlättar eller t.o.m. möjliggör extern finansiering.⁵⁰ Fördelarna till trots väljer flertalet entreprenörer att inledningsvis driva sin verksamhet i formen enskild firma – och viss förklaring kan finnas i just aktiekapitalsreglerna. Majoriteten av företag som startas i Sverige idag tillhör tjänstesektorn – en bransch med fokus på arbetskraft och inte kapitaltung utrustning – och saknar omedelbart behov av att sätta in [egendom motsvarande] en stor summa pengar i bolaget. I takt med att företagskulturen i Sverige förändras är det rimligt att "[o]ckså mindre verksamheter med lägre kapitalbehov bör ha större valfrihet att kunna välja den associationsform som är mest lämplig i det enskilda fallet".⁵¹

Utredningen (SOU 2008:49) har, i konsekvens med direktivet (Dir. 2007:132), utgått ifrån att svenska aktiebolag inte ska ha ett aktiekapital högre än vad som är "nödvändigt för att det, tillsammans med vad som följer av annan reglering, ska tillgodose förekommande borgenärsintressen"⁵². Att helt ta bort minimigränsen för aktiekapital skulle innebära en hel del extraarbete lagstiftningsmässigt – stora delar av ABL skulle behöva omarbetas för att fylla någon funktion för privata aktiebolag.⁵³ Tas den lagstadgade gränsen för minimikapitalet bort uppstår dock den positiva effekt att aktieägarna själva kan bestämma aktiekapitalet så att det är proportionerligt i förhållande till omfattningen av bolagets verksamhet. Minimikapitalet skulle alltså kunna skifta och bestämmas med beaktande av bolagets storlek, verksamhetens art och omfattning, risker som kan uppstå och så vidare. Företag i vilka kapitalbehovet inte uppgår till 100 000 kr (eller ens 50 000 kr) skulle således gynnas av denna förändring.⁵⁴

Det ska också påpekas att ett belopp om 100 000 kr knappast kan utgöra något egentligt borgenärsskydd. Detta talar också för att åtminstone det då gällande kapitalkravet skulle kunna tas bort. Ändå understryks att aktiekapitalkravet tillsammans med kapitalskyddsreglerna kan ha betydelse för särskilt icke-anpassande borgenärer. Att upphäva dessa regler skulle väcka ett behov av anpassning inom borgenärskollektivet. Kraven som skulle försvinna ur lagen skulle i flertalet fall behöva ersättas med avtalsregleringar mellan parterna. Istället för att "nöja" sig med till bolaget fört aktiekapital skulle banker och liknande borgenärer möjligtvis istället kräva en viss nivå insatt kapital, ökade säkerheter såsom personlig borgen och utvidgad information av företagen. Också det sätt på vilket leverantörer använder exempelvis återtagandeförbehåll

⁴⁹ SOU 2008:49, s. 88-90.

⁵⁰ SOU 2008:49, s. 88-90.

⁵¹ SOU 2008:49, s. 88-90, citat s. 90.

⁵² SOU 2008:49, s. 93.

⁵³ SOU 2008:49, s. 93-95.

⁵⁴ SOU 2008:49, s. 95.

och leasing, eller krav på kontant betalning, skulle kunna förändras.⁵⁵ Förändringarna skulle kräva en större förmåga av borgenärerna att handla rationellt, och på ett mer ingående sätt bedöma kreditrisker och basera sitt handlade på dessa. Att slopa aktiekapitalreglerna skulle till en början medföra ökade transaktionskostnader i samband med att individuella låne- och köpeavtal skulle bli mer omfattande. Kostnaderna skulle drabba såväl bolagen som borgenärerna. I ett mer långsiktigt perspektiv är det rimligt att anta att mer standardiserade avtalsklausuler skulle komma att användas. Vad som skulle hända är alltså att vad som idag är lagstadgade krav skulle ersättas av de krav som anpassande borgenärer själva har möjlighet att ställa på bolaget i fråga. Det är alltså fråga om samma process, men på ett annat sätt. Beaktar vi mindre företag utan något stort behov av krediter skulle dessa inte påverkas av förändringen. För dessa skulle alltså ett borttagande av det lagstadgade kravet på aktiekapital vara mer positivt.⁵⁶

Utifrån företagarperspektivet skulle ett slopat aktiekapital innebära ökad tillgänglighet till aktiebolagsformen, och priset för detta blir att anpassande borgenärer i vidare mån skulle ställa hårdare krav för säkerställandet av sina fordringar. Sådana avtalsvis ställda krav skulle till viss del gynna även de icke-anpassande borgenärerna. Skatteverket är dock av uppfattningen att ett borttagande av kapitalkravet innebär en försämring av borgenärsskyddet.⁵⁷

Tar man bort aktiekapitalreglerna kan man fråga sig om detta medför en inskränkning i och urholkning av principen om det begränsade personliga betalningsansvaret. Anpassande borgenärer kompenserar troligen ett upphävt kapitalkrav med att kräva att någon form av personlig säkerhet ställs. Idag har vi också regler om ansvarsgenombrott⁵⁸, då personligt betalningsansvar inträder vid underkapitalisering. Dessa regler kan man tänka sig skulle brukas i större utsträckning utan dagens kapitalkrav. Det skulle kunna öka osäkerhetsmomentet för all verksamhet bedriven i aktiebolagsform.⁵⁹

Betänkandet når sin slutsats genom följande resonemang.

Även om således en hel del kan tala för att kravet på ett lägsta aktiekapital borde tas bort, inte minst eftersom detta inte innebär något större skydd för borgenärerna, så finns det som framgår [...] även skäl som talar emot ett sådant borttagande. [Det finns] inte heller anledning att i dagsläget förändra regelverket på grund av att bolag hemmahörande i Sverige väljer att registrera sitt bolag i en annan EU-medlemsstat. Eftersom bestämmelserna i EG:s andra bolagsdirektiv om kapitalkrav och kapitalskydd gällande publika aktiebolag inte för närvarande avses reformeras så finns det inte heller av det skälet anledning att på samma sätt överväga en reform av den svenska rätten. Det kan inte heller bortses från att kapitalkravet anses ha en betydelse som seriositetsspärr när det gäller att skydda aktiebolagsformen från att utnyttjas i oseriösa syften [...]. Vi har därför kommit

⁵⁵ SOU 2008:49, s. 95-96.

⁵⁶ SOU 2008:49, s. 95-96.

⁵⁷ SOU 2008:49, s. 96.

⁵⁸ ABL innehåller bestämmelser om ansvarsgenombrott, regleringar som påför aktieägarna personligt betalningsansvar för bolagets skulder. Exempel på dessa regler är 2:25-27 – som ålägger delägares ansvar för förpliktelser som uppkommit före bolagets registrering, och 2:2 – som ålägger aktieägare ett betalningsansvar gentemot bolaget (och i förlängningen borgenärerna) vid övervärdering av apportegendom. (Karnov, Aktiebolagslag (2005:551), Djup kommentar)

⁵⁹ SOU 2008:49, s. 96.

fram till att det i vart fall inte för närvarande finns skäl att i svensk rätt ta bort kravet på minimikapital.⁶⁰

En sänkning av aktiekapitalet menade utredningen däremot inte skulle ha samma effekter för borgenärer, alltså kompensation genom exempelvis personlig borgen – även om osäkerheten gällande omständigheterna kring detta poängterades. Icke-anpassande borgenärer skulle skadas mindre av en sänkning till 50 000 kr än till 20 000 kr, och aktiekapitalets funktion som seriositetsspärr (större ju större kapital som behöver sättas in) önskade utredningen inte underminera. Sammanfattningsvis fastslogs att en avvägning mellan intresset av erbjuda fler mindre företag ökad tillgång till aktiebolagsformen och de effekter som ett sänkt minimikapital innebär medför att en sänkning bör ske. Dock inte till en nivå lägre än 50 000 kr. Beloppet påpekades vara på en historiskt mycket låg nivå.⁶¹

3.3.3 SOU 2009:34 – Förenklingar i aktiebolagslagen m.m.

I svenskt lagstiftningsarbete har det också lagts fram övervägande om det finns tillräckliga anledningar för att införa ytterligare en form för småskaligt företagande utan personligt betalningsansvar. Än så länge har dock detta stannat på planeringsstadiet.⁶² I diverse sammanhang har hävdats att ABL till största del är utformad med de större företagens förutsättningar och behov i första rummet, vilket har resulterat i ett alltför krångligt regelsystem. Även för ett bolag i denna nya föreslagna bolagsform skulle det krävas lagstadgat skydd för aktieägare och övriga intressenter, borgenärerna. I bolagsformer där personligt betalningsansvar saknas har samtliga av de länder som Sverige brukar jämföras med i associationsrättsliga sammanhang ett kapitalkrav som skydd för ovan nämnda. Istället för att introducera en ny bolagsform har diskussioner på temat resulterat i att förenklingar av existerande associationsrättsliga lagstiftningar införts runt om i Europa. Dessa har tveklöst influerats av den av EU införda möjligheten att bilda SE-bolag, ett europeiskt, publikt, aktiebolag.⁶³ Diskussionen rörande en ny form av europarättsliga mindre aktiebolag, SPE-bolag, kommer att tas upp igen under uppsatsens senare delar.

Vad slutbetänkandet också belyste, som är av vikt för den framtida diskussionen är följande. Harmoniseringsarbetet på EU-nivå sker främst genom medlemsstaternas implementering av utfärdade direktiv, som ska skapa en minsta skyddsnivå för intressenter som delägare och borgenärer i omfattade bolag. Flera av direktiven riktar sig enbart åt publika bolag, men *för att skapa en enhetlig lagreglering* har liknande regler införts i stor utsträckning även vad gäller privata bolag.⁶⁴

⁶⁰ SOU 2008:49, s. 97.

⁶¹ SOU 2008:49, s. 98-99.

⁶² SOU 2009:34, s. 134.

⁶³ SOU 2009:34, s. 137-138.

⁶⁴ SOU 2009:34, s. 143 & 155.

3.3.4 Promemoria – Minsta tillåtna aktiekapital i privata aktiebolag

Justitiedepartementet påpekar i sin promemoria att utöver det svenska borgenärsskyddet finns det ytterligare en viktig faktor att ta i beaktande, och det är att EG-kommissionen i juni 2008 lagt fram ett förslag till förordning om den egna bolagsformen privata europabolag (KOM [2008] 396), SPE-bolag. Förslaget vill stärka konkurrenskraften hos mindre företag, genom att underlätta för dessa att etablera sig på den inre marknaden, samt minska kostnaderna som uppstår till följd av reglerna för bolagsbildande och -drift skiljer sig mellan medlemsstaterna. Ett SPE-bolag ska enligt förslaget inte kräva någon gränsöverskridande verksamhet, utan vara tillgängligt för vem som vill driva sin verksamhet under aktiebolagsformen någonstans inom EU. Förslaget fastslår att ett SPE-bolag ska ha ett aktiekapital, men då aktieägarna är bäst lämpade att avgöra kapitalets storlek så ska dessa också få besluta i frågan. Därför föreskriver förslaget endast ett aktiekapital om minst 1 euro. Det skulle inte finnas utrymme för EU:s medlemsstater att ställa högre krav än så.⁶⁵

Mot bakgrund av förslaget till SPE-bolagsform väckte Justitiedepartementet frågan ”om det finns behov av att sänka kravet på lägsta tillåtna aktiekapital i privata aktiebolag till en lägre nivå än utredningens förslag om 50 000 kr. En sänkning till 20 000 kr skulle kunna vara ett alternativ och inte kräva författningsändringar av annat slag än vad utredningen föreslagit. Ett förslag i linje med förslaget till EG-förordningen om SPE-bolag skulle i nationell lagstiftning kunna motsvaras av en nivå på 1 kr.” Remissinstansernas synpunkt på en sänkning till 1 kr efterfrågades så av departementet.⁶⁶ De av författaren studerade synpunkterna (Svenskt Näringslivs samt Skatteverkets) kommer inte att redovisas, då däri framlagda synpunkter kommit till uttryck på andra håll i denna uppsats.

3.3.5 Proposition 2009/10:61 - En sänkning av kapitalkravet för privata aktiebolag

2009 års proposition (Prop. 2009/10:61) konstaterar att EG-fördragets etableringsfrihet medför en rätt att starta ett motsvarande aktiebolag i valfri medlemsstat och genom en filial bedriva hela verksamheten i en annan medlemsstat. Man har då sluppit undan de krav för bolagsbildning som ställs i den stat vari man bedriver verksamheten. Det händer t.ex. att filialer till brittiska bolag registreras i Sverige, om än i begränsad omfattning, något som kan ha sin förklaring i det i princip icke-befintliga krav på aktiekapital som råder i Storbritannien.⁶⁷

Inför höjningen 1995 slogs det fast att aktiekapitalets storlek inte på egen hand är avgörande för borgenärsskyddet, och att ett aktiekapital om 100 000-200 000 kr i de flesta fall ändå utgör ett otillräckligt skydd när bolaget hamnar i ekonomiska svårigheter. Propositionen avfärdar till viss del aktiekapitalsreglerna som borgenärsskydd i den meningen att tillfört aktiekapital om 50 000 eller 100 000 kronor knappast utgör

⁶⁵ Promemoria - Minsta tillåtna aktiekapital i privata aktiebolag, s. 11-12.

⁶⁶ Promemoria - Minsta tillåtna aktiekapital i privata aktiebolag, s. 11-12, citat s. 12.

⁶⁷ Prop. 2009/10:61, s. 7-8.

tillräckliga medel för borgenärer vid en eventuell insolvens/konkurs. Vetskapen om att bolaget bokföringsmässigt har en marginal mellan tillgångar och skulder om 100 000 kr bör inte på något avgörande sätt fungera som skydd ens för staten i egenskap av skatteborgenär (i de flesta fall). Istället lyfter man fram aktiekapitalets funktion som hinder, eller spärr, för mindre genomtänkta eller rentav oseriösa företagsidéer. ”Att det krävs ett kapitaltillskott av den som vill starta ett aktiebolag borgar i någon mån för att företagaren har en genomtänkt och hållbar affärsidé, som han eller hon är beredd att satsa en del egna medel på för att förverkliga.” Inte minst detta resonemang leder till propositionens slutats att sänka det för bolagsbildningen minst godtagbara aktiekapitalet (minimikapitalet) till 50 000 kr.⁶⁸

Genom SFS 2010:80, Lag om ändring i aktiebolagslagen (2005:551), justerades så minimikapitalet till det av propositionen förslagna beloppet om 50 000 kr (1:5 ABL).

⁶⁸ Prop 2009/10:61, s. 7 & 11, citat s. 11.

4. Utländsk reglering för skydd av bolagsborgenärer

4.1 EU

EU satte ramarna för aktiekapitalsregler i publika aktiebolag genom det Andra bolagsdirektivet, med sina gränser för bl.a. minimikapital, utdelning till aktieägare samt minskning/ökning av aktiekapitalet. Flertalet medlemsstater gick längre än vad direktivet krävde, för att gynna det inhemska borgenärsskyddet. Andra bolagsdirektivet är enbart tillämpligt för publika bolag, då vissa medlemsstater – såsom Storbritannien och Irland, motsatte sig en utsträckning till även privata aktiebolag. Detta eftersom investerare i privata bolag åtnjöt ett väldigt flexibelt regelsystem, vilket man där inte ville rucka på.⁶⁹

Andra bolagsdirektivets inledande stycke förmedlar att syftet med direktivet är det att garantera borgenärerna ett minimum av likvärdigt skydd inom EU genom samordning av reglerna för bildandet av aktiebolag. Varför just syftet är att skydda borgenärer eller om det finns skillnad i den grad av hur skyddsvärda olika borgenärer är redovisas inte. Sådana luckor kan väcka frågan om den europeiska rätten innehåller regler för en noga övertäckt kapitalkonstruktion för aktiebolag, eller om det tillämpade systemet beror på lagstiftningsmässig slentrian.⁷⁰

Medan delar av Europa (undantaget exempelvis Storbritannien) är fast i systemet med ett lagstadgat minimumkrav på aktiekapital har denna modell sedan länge övergivits såväl i USA som i Australien. Tittar vi på den kontinentaleuropeiska rättstraditionen uppfattas aktiekapitalet som en garanti för bolagets borgenärer. I den anglosaxiska rättstraditionen dock är det och har under en lång period varit lämnat till bolagen och dess borgenärer att avtalsvis komma överens om vilka villkor som ska gälla vid exempelvis kreditgivning. Anglosaxisk rätt har alltså lagt större fokus på flexibilitet och tillgänglighet genom att lämna det till parterna att avtalsvägen skydda sina olika intressen.⁷¹

4.2 USA

4.2.1 Aktiekapitalsregler

Under många år tillämpades på delstatlig nivå ett krav på minsta aktiekapital. Kravet uppgick ofta till 500 eller 1000 dollar. Motiven bakom kapitalkravet var desamma som i Europa. Större delen av delstaterna ändrade sedan sina aktiekapitalsregler i slutet av

⁶⁹ Enriques & Macey, s. 1174-1175.

⁷⁰ Andersson, 1999, s. 37-38.

⁷¹ SOU 2008:49, s. 66 & 81.

1960-talet/början av 1970-talet. Det hade då vuxit fram en förändrad syn på funktionsdugligheten i de lagställda kraven på minimikapital, inte minst på grund av ”modellakten” (*Model Business Corporation Act, MBCA*)⁷² och dess inflytande på delstatlig lagstiftning.⁷³ I den amerikanska modellakten återfinns inget krav på minsta aktiekapital, ett tillskott på 1 dollar är alltså fullt tillräckligt. Detta federala ”förslag” till reglering har haft stort genomslag i delstaterna, där krav på minimikapital idag är svårfunnet.⁷⁴ Enbart ett fåtal delstater upprätthåller aktiekapitalskravet, och det rör sig då om ett beloppsmässigt försumbart krav.”⁷⁵

Bakom regleringen i MBCA, ligger bl.a. argumentet att alla krav på minimikapital skulle vara godtyckligt satta samt att krav på minimikapital inte hör ihop med de krav på aktiebolags kapital som kan anses ekonomiskt motiverade med tanke på bolagets storlek och riskerna med rörelsen. Det har också anförts att borgenärer snarare förlitat sig på att utföra kreditupplysningar och utkräva särskild säkerhet för krediter än att sätta sin tilltro till lagställda minimumkapitalkrav.⁷⁶

4.2.2 Borgenärsskydd genom andra mekanismer

Även i länder som skrotat reglerna om tillförsel av minimikapital vid bolagsbildningen kräver bolagsrätten oftast någon form av minimi-modell för skydd av borgenärerna. Det mest kända alternativa system vad gäller *värdeöverföringar* återfinns i USAs RMBCA (§ 6.40) och i flera delstaters lagstiftning. Samtliga värdeöverföringar, då det rör sig om vinstutdelning, förvärv av egna aktier eller minskning av aktiekapitalet, är förbjudna om de skulle medföra att bolaget blir insolvent eller insufficient. Bedömningen av detta sker genom det så kallade (insufficiens- och/eller) insolvenstestet (*solvency test*). Prövningen är enkel att utföra. Detta anses av vissa vara en ”enkel och elegant” lösning, eftersom borgenärerna aldrig vaggats in i en falsk trygghet om ett skyddat kapital av viss storlek, något skydd utöver vad som följer av insolvenstestet är inte genom lag utlovat.⁷⁷ Det ska anmärkas att värdeöverföringar i amerikansk mening bara avser öppen vinstutdelning och återköp av egna aktier. Vad som européer känner som förtäckt utdelning (sådan som bakats in i ett oneröst avtal mellan bolaget och aktieägare eller annan, och därmed liknar ”bolagsplundring”⁷⁸) behandlas istället av reglerna om *fiduciary duties* (förvaltningsplikt) och *fraudulent transfers* (bedrägliga värdeöverföringar/återvinning utom konkurs).⁷⁹

⁷² Modellakten utgör ett för delstaterna icke-bindande förslag till aktiebolag. Den fungerar alltså som lagmodell, och har influerat flera delstater i det egna lagstiftningsarbetet. En annan inflytelserik inspirationskälla för delstatslagar är lagstiftningen i Delaware, även om denna inte sällan får se sig övervunnen av modellakten i fråga om inflytande. Lagen reviderades 1969, och kom därefter att gå under namnet *Revised Model Business Corporation Act*, eller RMBCA. (Andersson, 2010, s. 33). Jag brukar mig av båda termerna i denna uppsats, med strävan att återge aktuell källa så korrekt som möjligt.

⁷³ Andersson, 2010, s. 33.

⁷⁴ Andersson, 1999, s. 33.

⁷⁵ Andersson, 2010, s. 33.

⁷⁶ Andersson, 1999, s. 38.

⁷⁷ Andersson, 2010, s. 33.

⁷⁸ Sandström, s. 300.

⁷⁹ Engert, s. 25.

Delstaterna Delaware och New York (båda saknar minimikapitalsreglering) har båda lagregler innebärande att utdelning till aktieägare endast kan ske ur bolagets vinst. Det borgenärsskydd som här erbjuds urvattnas av att även om någon vinst inte förelåg vid utdelningen kan bolagen använda sig av den vinst som konstaterats under de två föregående åren. Vinsten beräknas också med hänsyn till s.k. *stated capital*, en typ av aktiekapital som styrelseledamöterna själva angivit nivån för.⁸⁰ För att beräkna vinsten används heller inte bokförda värden eller liknande formella värderingsmetoder, utan styrelsen tillåts fatta ett informerat beslut gällande företagens värde vid bestämmandet av vinstutdelningen. Osäkerheten är alltså påtaglig.⁸¹

I USA finns alltså också regler om s.k. *fraudulent transfers*, vilket kan jämföras med det svenska institutet återvinning utom konkurs, som verkar för att förhindra att en gäldenär gynnar sig själv eller viss annan i en mer omfattande affärsrelation. Reglerna är befästa på delstatlig nivå genom *Uniform Fraudulent Transfer Act* (UFTA) och federalt genom *bankruptcy-koden* (11 USC, § 548). Systemet granskar motsvarigheten till svenska förtäckta värdeöverföringar (transaktioner från bolaget utan adekvat vederlag), och för att sådana ska godkännas krävs att bolaget hade tillräckligt med tillgångar kvar efter den aktuella transaktionen – och frågan om bolaget skulle kunna bedriva sin verksamhet på samma sätt efter som före transaktionen ska kunna besvaras jakande.⁸² Alla värdeöverföringar vidtagna av ett bolag med avsikten att hindra, försena uppfyllelsen gentemot eller bedraga någon borgenär är ogiltiga. Även bedrägeri utan sådan avsikt kan falla under regleringen givet att, som stadgat ovan, bolaget har vidtagit värdeöverföringar utan att erhålla fullgott vederlag och bolaget var/blev genom handlingen insolvent eller hade orimligt lågt kapital kvar.⁸³

Ett problem, eller åtminstone en osäkerhet, gällande insolvenstestet använt i USA är det att begreppet insolvens avgörs på olika vis. *Bankruptcy-koden* stadgar att insolvens är det tillstånd då summan av alla skulder överstiger värdet av alla egendom vid en marknadsmässig värdering. Den äldre *UFTA*-versionen samt några delstater (däribland New York) brukar istället en domstolsbedömning av ifall bolagets nuvarande egendom vid en försäljning skulle räcka för att betala de skulder bolaget har då dessa förfallit till betalning.⁸⁴

Vad gäller styrelsens plikt att förvalta aktiebolaget (*fiduciary duty*) så sätter amerikansk bolagsrätt stor tilltro till bolagsstyrelsen. Den tillämpade så kallade *business judgement rule* skyddar styrelseledamöter från ifrågasättande så länge som ett beslut gällande bolagets verksamhet skett på rimligen upplysta grunder. Befinner sig bolaget i ekonomisk

⁸⁰ Engert, s. 19.

⁸¹ Engert, s. 20. Delstaten Kalifornien tillämpar ett mer strikt granskningssystem, baserat på bokförda värden. Detta har dock kommit till användning i väldigt liten utsträckning, varför det får exkluderas från denna framställning. (Engert, s. 21-22)

⁸² Andersson, 2010, s. 48-49.

⁸³ Engert, s. 27-28.

⁸⁴ Engert, s. 31.

kris skiftar dock bevisbördan, och en styrelseledamot behöver vara förmögen att visa att beslutet/transaktionen var helt rättvis för företaget och dess borgenärer.⁸⁵

Ytterligare ett grepp för att komma åt underkapitalisering av bolag i USA är genom ”*piercing the corporate veil*”. Systemet fokuserar på ekonomisk (och inte juridisk) underkapitalisering.⁸⁶ Aktieägare eller bolagsledningen hålls då personligt ansvariga för bolagets skulder, och bolaget avklädes rollen som eget subjekt för att låta aktieägare/ledning bära ansvar för i bolaget uppkomna skulder. Veil-piercing brukas med relativt stor restriktivitet, men tillämpas i USA då kontrollerande aktieägare missbrukar aktiebolagsformen genom att t.ex. beblanda personlig egendom med bolagets eller underlåter att kapitalisera sitt bolag i tillräcklig omfattning. Det ska också finnas med ett inslag av bedrägeri eller ”orättvisa”, såsom är fallet när aktieägare uppenbarligen har uppträtt opportunistiskt.⁸⁷

4.2.3 Konsekvenser av och slutsatser gällande borgenärsskyddsreglering i USA

Det har anförts att argumenten som framförts i USA är av relevans för även europeisk rättsutveckling.⁸⁸ Skulle europeiska länder, såsom Sverige, skrota aktiekapitalsregimen bör det dock ifrågasättas om det amerikanska systemet med insolvenstest kan kopieras rakt av. Detta verkar tveksamt, då det amerikanska systemet bygger på konkurslagstiftning mer än bolagsrätt när det kommer till att begränsa utdelning/värdeöverföringar från ett aktiebolag. Skulle Sverige inte samtidigt lagstifta om ytterligare skyddsåtgärder som amerikansk lag erbjuder skulle nivån av borgenärsskydd bli lägre än om nuvarande aktiekapitalssystem förblir oförändrat eller den svenska regleringen anpassas efter amerikansk bolagsrätt. Kompletterande åtgärder skulle alltså krävas för en fullgod skyddsnivå.⁸⁹

En sak att komma ihåg vid jämförelse med amerikansk och europeisk bolagsrätt är det att den amerikanska sätter aktieägarna i ett främre rum än borgenärerna (och vice versa ser det ut i stora delar av Europa). I USA är aktieägarperspektivet överväldigande då man granskar bolagsrätten, och andra rättsområden förväntas hantera frågor rörande övriga intressenter såsom borgenärer. Att det har blivit på så vis kan ha sin förklaring i att delstaterna ”tävlar” om flest registrerade bolag, och för att vinna denna kamp är det bolagsbildarna/aktieägarna som behöver lockbete. För anpassande borgenärer återstår att skapa sina egna kreditvillkor, och för ofrivilliga eller icke-anpassande att förlita sig på konkursrätten och reglerna om *fraudulent transfers* däri.⁹⁰

⁸⁵ Engert, s. 38-39.

⁸⁶ Engert, s. 12.

⁸⁷ Kraakman et al, s. 139-140.

⁸⁸ Andersson, 1999, s. 38-39.

⁸⁹ Engert, s. 2.

⁹⁰ Engert, s. 48-49.

4.3 Storbritannien

4.3.1 Aktiekapitalsregler

För registrering av ett publikt brittiskt aktiebolag måste ett belopp om minst £ 50 000 tillskjutas, detta är alltså det genom *Company Act 2006*⁹¹ (section 761) lagstadgade minimikapitalet. För privata aktiebolag finns ingen motsvarande reglering, och alltså heller inget krav på minimikapital.⁹² Också i engelsk rätt är ett aktiebolag en separat juridisk person, skilt från sina aktieägare, och de krav som borgenärer riktar mot bolaget kan bara tillgodoses genom bolagets tillgångar. Denna funktion av aktiebolaget är alltså identisk med den svenska regleringen.⁹³

Den engelska lagstiftningen tillkom efter att förberedande studier slagit fast att borgenärer inte längre beaktar summan av ett bolags aktiekapital som en avgörande faktor när man fattar beslut om huruvida det är lämpligt att utsträcka en kredit. Därav kunde också regleringen kring detta mjukas upp, och minimikapitalkrav behövdes ej för privata bolag.⁹⁴

4.3.2 Borgenärsskydd genom andra mekanismer

Under brittisk associationsrätt återfinns alltså aktiekapital, men då ingen minimigräns för inbetalning av sådant finns är dess funktion enbart symbolisk. Eftersom minimikapital ej är reglerat finns heller inga på detta institut byggda regler om t.ex. att bibehålla visst kapital i bolaget. Istället får borgenärerna söka skydd på andra, mer flexibla, vägar.⁹⁵

Storbritannien tillämpar bestämmelser om så kallad *wrongful trading*, som ska förmå bolagets styrelse att likvidera bolaget när ekonomisk rimliga förutsättningar för att bolaget ska kunna räddas saknas. Genom detta förfarande hindras att bolagets borgenärer drabbas av ytterligare skada.⁹⁶ Reglerna grundar sig i en avvägning mellan intresset av att företag med potential att vända till en lukrativ ekonomisk utveckling inte avvecklas i ”onödan” och att förhindra bolagets lednings oansvariga ageranden som vore skadliga för existerande borgenärer. Om en enskild styrelseledamot före bolagets likvidation inte har vidtagit varje åtgärd för att minimera möjliga förluster för bolagsborgenärerna som han borde ha vidtagit, kan denne bli skyldig att i gengäld erlägga ett så stort belopp som domstolen anser lämpligt. Detta förutsätter också att den aktuella ledamoten vid en viss tidpunkt före likvidationen borde ha insett/insåg att bolaget inte skulle kunna undvika likvidation.⁹⁷ Ansvar et aktualiseras alltså när ett bolags verksamhet tillåts pågå under en

⁹¹ Idag finns den uppdaterade versionen *Companies Act 2006*, och de olika versionerna av lagen kommer, liksom gällande USA:s modellakt, att användas växelvis och beroende på bakomliggande källa.

⁹² Sealy & Worthington, s. 463.

⁹³ Sealy & Worthington, s. 457.

⁹⁴ Payne, s. 220.

⁹⁵ Miola, s. 439-440.

⁹⁶ Andersson, 2010, s. 46. Reglerna om *wrongful trading* återfinns i *section 214, Insolvency Act 1986*.

⁹⁷ Andersson, 2010, s. 46-47.

särskilt känslig period, när företaget är på väg mot insolvens. Opportunistiskt beteende har visat sig kunna förhindras genom att internalisera risken för förluster för ledamöterna i en sådan tid, och *wrongful trading* fyller samma funktion som minimikapitalet varför det med fördel kan användas som substitut i privata aktiebolag.⁹⁸

Ofrivilliga borgenärer, såsom bolagets anställda, har säkerhet för eventuella skadeståndsanspråk genom den obligatoriska försäkringslagstiftning som tillämpas i UK. Vid arbetsplatsolyckor eller trafikskador ska alltså bolaget nödvändigtvis ha försäkringar som täcker kostnaden för uppkomna skador. Även arbetslagstiftningen är uppbyggd så att vid en konkurs ska de anställda ha rätt till åtminstone delar av vad bolaget är skyldig dem i ersättning för utfört arbete, utan att detta har reglerats parterna emellan eller täcks upp av några bolagsrättsliga principer om aktiekapital.⁹⁹

Storbritannien tillämpar regler om *distribution restrictions* (otillåtna värdeöverföringar) även för privata aktiebolag, men detta då utan krav på minimikapital. *Companies Act 1985 (section 263)* hindrar överföring av bolagstillgångar till aktieägare förutom då värdet av överföringen vore mindre än värdet av vederlaget som bolaget får i gengäld.¹⁰⁰ Givet att det är tillåtet för bolag att köpa åter aktier av aktieägare samt att minska sitt registrerade aktiekapital mot ett styrelseintyg på att bolaget kommer att vara solvent de kommande 12 månaderna är det dock värt att ifrågasätta det reella kapitalskyddet bakom regleringen.¹⁰¹ Hamnar bolaget i ett insolvensförfarande kan den ansvarige för förfarandet (jfr. förvaltaren) återvinna gjorda betalningar till förmån för borgenärerna (*Insolvency Act 1986, section 238*), alternativt låta överföringen klassas som *defrauding creditors* (*Insolvency Act 1986, sections 423-425*).¹⁰² Då Storbritannien saknar någon minimigräns för tillskjutet aktiekapital vid bolagsbildningen så är det bolaget självt som sätter nivåerna för när nu beskrivna värdeöverföringsregler ska bli tillämpliga.¹⁰³

4.3.3 Konsekvenser av och slutsatser gällande borgenärsskyddsreglering i Storbritannien

Under tiden ett bolag är solvent så styrs det av aktieägarna eller styrelseledamöterna. Borgenärerna har ingen talan när det kommer till utbetalning av vinst inom tillåtet spann eller mer vågade investeringar som bolaget företar. Bolaget kan också ta upp flera lån och krediter än vad tidigare borgenärer räknat med, vilket påverkar de sistnämndas ställning. En borgenär kan vid avtalsförhandlingarna med det låntagande bolaget alltid försöka inkorporera klausuler som ger viss bestämmanderätt i bolaget, men sådana är oftast väldigt kostsamma för den som insisteras på deras varande i avtalet. Vissa risker försöker borgenärerna oftast avtala bort, men det är i sig inte tillräckligt för att skydda från de beslut som tas inom bolaget gällande den egna verksamheten.¹⁰⁴

⁹⁸ Miola, s. 460-465.

⁹⁹ Payne, s. 226.

¹⁰⁰ Armour, s. 8-9.

¹⁰¹ Armour, s. 9.

¹⁰² Armour, s. 11.

¹⁰³ Armour, s. 15.

¹⁰⁴ Payne, s. 223.

Wrongful trading-reglerna skyddar samtliga borgenärer, då medel tillförs bolagets konkursbo, medan de svenska kapitalbristreglerna enbart erbjuder skydd för tillkommande borgenärer (genom direkt betalningsskyldighet mot borgenärer vars fordringar uppstått efter tidpunkten X). Vidare så görs den engelska bedömningen av huruvida en styrelseledamot blir betalningsskyldig på grundval av att denne inte vidtagit relevanta åtgärder i tid, där den svenska regleringen tillämpar en betalningsskyldighet blind för samtliga andra åtgärder än att styrelseledamoten i fråga skulle ha agerat i enlighet med 25:13-20 ABL.¹⁰⁵ Från en funktionell synpunkt så är utformningen av *wrongful trading*-reglerna sannolikt betydligt mer ändamålsenlig än den svenska regleringen. Detta eftersom de engelska reglerna syftar till att skapa ett handlingsbeteende hos bolagsledningen för att undvika onödiga förluster i ekonomiskt kritiska lägen.¹⁰⁶

Det är när ett bolag blir insolvent som borgenärerna har behov av ett skydd från andra intressenters anspråk. Borgenärer sitter då i framsätet – med insolvenslagstiftningen som ett skydd mot konkurrenterna. Aktieägare kan inte rucka på principen däri som säger att borgenärerna är högre rankade än aktieägarna vid detta tillfälle. Vid en insolvens försäkras alltså lagen samma skydd för (prioriterade) borgenärer som regler om aktiekapital annars hade gjort. Medan tiden det finns en betalningsförmåga inom bolaget finns det dock ingen anledning att hålla borgenärerna skyddade mot eventuella förluster, utan regler för detta är nödvändiga först i samband med ett insolvensförfarande. Borgenärer med möjlighet kan dessutom kontraktsvägen tillskansa sig ytterligare skydd. Det ter sig alltså som att alla tänkbara borgenärsscenario har blivit beaktade genom brittisk lagstiftning, avsaknaden av aktiekapitalregler till trots. Definitionen av insolvens kan te sig något oklart, varför det i UK finns en plikt för styrelseledamöter att beakta borgenärernas intressen redan när bolaget *närmar sig* insolvens. Är man av den åsikten att det trots detta föreligger en gråzon vari borgenärer potentiellt står utan tillräckligt skydd är det rimligare att fokusera på att reglera just detta, och inte förse borgenärer med ”onödigt” skydd genom aktiekapitalregler under hela den period som bolaget är solvent.¹⁰⁷

Alternativet till ett regelsystem baserat på aktiekapital karaktäriseras av att borgenärsskyddet istället kan hamna inom avtalsrätten, med särskild tonvikt på insolvensrätten. Ansvaret blir därmed omfördelat, från aktieägare till styrelseledamöter och övriga företagsledare. Personligt skadeståndsansvar och *director's disqualification* är sanktioner som landar på dem senare istället för dem förra. Opportunistiskt beteende hos majoritetsaktieägare ”straffas” i efterhand genom reglerna om *fiduciary duties*, istället för på förhand genom regler om minimikapital. För att fånga upp bolaget när det står på gränsen till insolvens, men ännu inte kommit dit, är det viktigt med insolvensregleringar som kan träda in just i denna stund. Detta behov tillgodoses i Storbritannien genom

¹⁰⁵ Andersson, 2010, s. 48.

¹⁰⁶ Andersson, 2010, s. 48. Svagheter med det engelska regelverket kan dock vara att reglerna är svårtillämpade och att den ekonomiska risken en rättslig process innebär har lett till att förhållandevis få prejudikat finns för bedömningen.

¹⁰⁷ Payne, s. 226-227.

skadeståndsansvar vid *wrongful trading* (se ovan). Borgenärsskyddet behöver alltså inte nödvändigtvis grundas på minimikapital, eller ens inom bolagsrätten. Det kan likväl uppnås genom styrelseledamöters och revisorers skadeståndsansvar – vilket inträder när ett bolag hamnar i kärvt ekonomiskt läge. Eftersom en sådan lösning medför större flexibilitet och effektivitet, då *fiduciary duty* kan skraddarsys efter den specifika situation i vilken ett bolag befinner sig, är det rimligare än att sätta upp hinder för bolagsbildning – vilket rigida minimikapitalsregler de facto är. Systemet är också kostnadseffektivt eftersom reglerna bara träder in vid faktisk kapitalbrist. En baksida med detta alternativa system är att bevisbördan för att otillåten handel ägt rum är knepig, och risken finns att bolagets styrelseledamöter inte vågar agera affärsmässigt givet risken att hållas ansvariga vid en insolvens. Det ska sägas att det ena systemet inte utesluter det andra – skadeståndsansvar vid vårdslösa affärer eller otillåten handel kan kombineras med regler om aktiekapital. Reglerna aktualiseras vid olika tillfällen och tillsammans borde de således täcka upp de flesta fall av borgenärs förluster gentemot bolaget.¹⁰⁸

Att företagare fritt väljer var i EU de vill starta sitt aktiebolag (en konsekvens av avgörandena *Centros*, *Überseering* samt *Inspire Art*¹⁰⁹) har lett till viss mellanstatlig konkurrens gällande aktiekapitalsreglerna. Detta visar sig genom de ändringar beträffande just minimikapital som nu sker på flera håll inom unionen. Rättsordningen som upprätthåller borgenärsskydd genom obligatoriskt minimikapital vid bolagsbildningen har i denna konkurrens en klar nackdel. Vad gäller att totalt överge aktiekapital som regelkomplex uppvisar Storbritannien ett stort komparativt försprång, vilket märks genom möjligheterna att exportera denna mer flexibla förvaltning genom att bolag etablerade i Storbritannien får filialer i diverse övriga medlemsstater.¹¹⁰ En studie har utvisat att mellan åren 2003-2006 bildades uppskattningsvis 6 000 privata aktiebolag årligen under engelsk rätt av entreprenörer som bor och verkar i Tyskland. Liknande resultat beräknas uppvisas i övriga europeiska länder.¹¹¹ I Sverige nyregistrerades under samma tidsperiod årligen i genomsnitt ca 19 800 bolag. I relation till denna totala siffra för bolagsbildning kan det konstateras att 6 000 bolag är ett ansevärt antal.¹¹²

¹⁰⁸ Miola, s. 460-465. Tilläggas här ska att Miola själv avslutar aktuellt avsnitt i artikeln med att ta en klar ställning för aktiekapitalet som en del av ett fullgott borgenärsskydd. Jag menar dock att anledningarna för att behålla aktiekapitalsregler har redogjorts för grundligt under kapitel 3, varför jag valt att lämna Miolas ställningstagande utanför denna del av uppsatsen.

¹⁰⁹ ECJ, Case C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459, [2000] Ch 446; ECJ, Case C-208/00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002] ECR I-9919; ECJ, Case C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd* [2003] ECR I-10155. EU-domstolen har i dessa fall slagit fast att EU-rätten medger att ett bolag som lagenligt registrerats i ett medlemsland genom sin status som rättssubjekt där har rätt att utöva de friheter som EU-fördraget medger och alltså bedriva sin verksamhet även i andra medlemsländer på de villkor som inkorporeringen i första medlemsstaten skett. (Armour, s. 23)

¹¹⁰ Miola, s. 436-438.

¹¹¹ Armour, s. 25-26.

¹¹² Bolagsverket.se, Start > Om oss > Våra e-tjänster > Om statistik ur registren > Statistik om företag och föreningar, hämtad 2013-03-11. Det ska dock påpekas att författaren är högst medveten om att den totala siffran nybildade i Tyskland bör långt överskrida de 19 800 som

4.4 Andra jurisdiktioner

Det växer i dagens Europa fram ett flertal förslag för avreglering av aktiekapital. Genomslaget kan ses exempelvis i Frankrike, var bolagsformen *société a responsabilité limitée* uppstod 2003 för att göra bolagsbildning mer lättillgänglig och mindre kostsam. Fransk bolagslag stadgar att aktiekapitalet måste anges i bolagsordningen, men inget krav på minimikapital anges. Möjligheten finns alltså att ange det symboliska värdet av 1 euro. Bolagsbildarna tillåts finansiera verksamheten på mer förmånliga vis, till exempel genom att emittera företagsobligationer mot höga belopp, successiv inbetalning av aktiekapitalet över 5 år, eller att tillföra värdet av arbete eller tjänster som kapital i bolaget.¹¹³ Ett fall av extrem avreglering kan också skådas i Nederländerna, som 2009 sänkte kapitalkravet i privata aktiebolag till så lite som 0.01 euro.¹¹⁴

Såväl Spanien¹¹⁵ som Italien¹¹⁶ har under de senaste tio åren infört lagändringar för att förenkla bolagsbildandet och aktiekapitalsregleringen, utan att för den delen avveckla minimikapitalet. En mer radikal lösning är att introducera en helt ny bolagsform för fåmansföretag.¹¹⁷ I Tyskland fick man 2008 ett tillskott i familjen av möjliga bolagsbildningar med det s.k. *Unternehmergesellschaft*, en sådan speciell form av den tyska motsvarigheten till aktiebolaget. Detta bolag kan bildas genom tillskott av 1 euro i aktiekapital. Bolagsformen ska underlätta nyföretagande utan att för den delen ändra lagstiftningen för de dryga 1 miljon motsvarande ”vanliga” aktiebolag som finns i landet idag. Vilken bolagsform man väljer är upp till entreprenörens preferenser. Den nya bolagsformen inkluderar kompensation åt borgenärer för borttaget aktiekapital genom skyldigheter att hålla information tillgänglig (*duties of disclosure*) och andra garantier.¹¹⁸

beräknats för Sverige. Detta givet Tyskland storlek på land såväl som industri. Siffrorna är likväl relevanta för att belysa ”bolags-utvandringen” sedan sådan gjordes möjlig i EU.

¹¹³ Miola, s. 440-442.

¹¹⁴ Andersson, 2010, s. 32.

¹¹⁵ Spanien tillämpar ett krav på minimikapital om 3 200 euro. (Miola, s. 443)

¹¹⁶ Italien tillåter att 25% av minimikapitalet tillförs bolaget genom obligationslån samt att värdet av arbete/tjänster kan ersätta kontant betalning förutsatt att detta värde försäkrats. (Miola, s. 443)

¹¹⁷ Miola, s. 443-445.

¹¹⁸ Miola, s. 443-445 & Andersson, 2010, s. 32.

5. Ska Sverige överge eller behålla aktiekapitalet – argument för, emot och konsekvenser

5.1 Är aktiekapitalet avgörande vid kreditgivning?

Gällande borgenärsers möjligheter att upprätta sina egna skyddsmekanismer kan påtalas att i praktiken så fäster borgenärer vikt vid parametrar av större pålitlighet än aktiekapitalet då de avgör om en kredit kan beviljas eller inte.¹¹⁹ Exempel på sådana parametrar är hur väl bolaget följt tidigare uppställda affärsplaner och kassaflöde (särskilt med hänsyn till köprättsliga borgenärer och anställda). Till och med ett triviale lågt aktiekapital – utan egentligt värde för en borgenär – kan vägas upp av ett stabilt kassaflöde med förmåga att inte bara betala åter skulder utan även dra in en kapitalvinst. Med bakgrund av detta är det alltså naturligt för borgenärer att inte bara se till aktiekapitalet utan till de samlade nettotillgångarna, vilka utöver summan av aktiekapitalet varierar efter företagets lönsamhet.¹²⁰ Det är också värt att uppmärksamma att aktiekapitalets värde inför en kreditgivning har minskat över åren. Detta beror på att banker idag har mer fullständig och effektiv information samt instrument tillgängliga när de bedömer den finansiella situationen i ett lånande bolag. Banker har själva möjlighet att arrangera långivningen på vis mer förmånliga, genom lånevillkor och gäldenärsåtaganden, än vad aktiekapitalsregleringen erbjuder.¹²¹

Ett system som baseras på avtalsrättsliga arrangemang mellan borgenärer och gäldenärsbolag tillgodoser borgenärernas skyddsbehov genom tillräckliga räntesatser samt möjligen även kontrollrättigheter över bolaget i fråga. Räntesatsen fyller funktionen av kompensation för risken att gäldenärerna uppför sig illa och opportunistiskt gentemot borgenärerna. Gäldenärer kan på detta vis erhålla en lägre räntesats genom att begränsa det fält inom vilket han/hon skönsmässigt drivet bolaget. Sådana begränsningar kan innefatta att utdelning till aktieägare inte tillåts över en viss summa. Även icke-anpassande borgenärer kan åka snålskjuts på sådana begränsningar, då den anpassande borgenären begränsat bolagsledningens handlingsutrymme och bevakar gäldenärsbolaget för att se så att detta uppfyller de kontraktsmässiga förpliktelserna. Risken för att bolaget hamnar i insolvens minskar, vilket gynnar och skyddar samtliga borgenärer. Även då borgenärer använder sig av andra säkerheter, såsom personlig borgen från en majoritetsaktieägare eller en pant i bolagets tillgångar så kommer detta att medföra att borgenärerna i någon utsträckning bevakar bolagets affärer och förehavanden. Denna

¹¹⁹ Miola, s. 454.

¹²⁰ Miola, s. 454-455.

¹²¹ Miola, s. 474.

övervakning kommer att gagna även de borgenärerna som saknat möjlighet att ställa villkor för sina fordringar hos bolaget.¹²²

Det kan hävdas att minimikapitalsreglerna är en standardiserad lösning som på grund av just detta är kostnadseffektiv. Transaktionskostnaderna skulle stiga om varje enskild borgenär behöver förhandla om vilka avtalsvillkor som ska gälla för varje enskild utlåning. Argumentet brister dock på så sätt att dessa transaktionskostnader borde borgenärerna drabbas av i vilket fall som helst, åtminstone i någon omfattning. Det är också oklart vad det är som säger att borgenärerna är mindre kapabla att utarbeta standardlösningar än vad lagstiftaren är?¹²³

Just aktiekapitalet ter sig inte avgörande för bedömningen om en kredit ska utsträckas till bolaget eller inte. I dagens ekonomi finns ett flertal andra mekanismer som underlättar för borgenärer vid riskbedömning och då pengar på grund av gäldenärsbolagets insolvens behöver samlas in genom användande av uppställda säkerheter.

5.2 Lider svaga, icke-anpassande eller ofrivilliga borgenärer av ett övergivet aktiekapital?

Även om det stämmer att borgenärer, utan regler om aktiekapital, kan agera mer flexibelt och avtalsvägen skapa sitt egna skydd gentemot gäldenärsbolaget är det tyvärr inte så att alla borgenärer har en sådan förhandlingsposition gentemot bolaget att det går att skraddarsy ett för dem passande skydd. Aktiekapitalsreglerna gynnar generellt dessa och de icke-frivilliga borgenärerna (som ju inte ens valt sin position som borgenär).¹²⁴

Vad gäller svagare borgenärer kan dock sägas att t.ex. köprättsliga motparter såsom leverantörer har möjlighet att skydda sina fordringar på bolaget genom att t.ex. kräva personlig borgen, pant i bolaget, högre priser för sålda varor, dröjsmålsräntor osv. Eftersom en leverantörs tidsram är mycket snäv, de levererar snabbt sålda varor och kräver in betalning i samma hastighet, så bryr sig dessa sannolikt ändå mer om bolagens kassaflöde än balansräkning. Märker en leverantör att bolaget han/hon handlar med ligger efter i sina betalningar agerar leverantören direkt såväl genom praktiska påtryckningar på bolaget som genom juridiska aktioner.¹²⁵

Vad gäller ofrivilliga borgenärer blir de just sådana utan egen vilja, och har därför inte före fordran mot bolaget uppstod gjort någon beräkning baserat på aktiekapitalet. Ägaren av ett skadeståndsanspråk till exempel, har inte grundat sitt beteende efter aktiekapitalssituationen hos gäldenärsbolaget. När en icke-anpassande borgenär blir just detta är bolaget antingen solvent eller inte. Är det inte det kan ändå inte aktiekapitalsreglerna längre spela någon roll för borgenären.¹²⁶

¹²² Enriques & Macey, s. 1171-1172.

¹²³ Andersson, 1999, s. 39.

¹²⁴ Miola, s. 472.

¹²⁵ Enriques & Macey, s. 1189.

¹²⁶ Enriques & Macey, s. 1193.

En kategori av icke-anpassande och ofrivilliga borgenärer är sådana som av bolagets skuld/verkan åsamkas en person-, sak, eller miljöskada. Denna borgenärsgrupp måste sägas vara relativt skyddsvärd. Dock borde det allmänna försäkringssystemet erbjuda visst sådant skydd, och typiskt ”farliga” aktiviteter såsom att köra bil kräver särskilda försäkringar som garanterar ännu mer omfattande skydd. Miljöfarliga verksamheter kräver/skulle kunna kräva försäkringar eller garantiåtaganden.¹²⁷ Om således skyddsbehovet uppmärksammas på annat håll lagstiftningsmässigt kan regleringen undanhållas aktiebolagsrätten.¹²⁸ Bolag vari särskilt farlig verksamhet bedrivs skulle med fördel kunna vara ålagda att inneha fullgod försäkring som bär den risk bolaget genom att bedriva verksamheten tar. Försäkringspremien skulle då vara en mer precis och situationsanpassad summa att betala än det *one-size-fits-all*-belopp som minimikapitalet utgör. Försäkringsbolaget i fråga skulle övervaka bolagets aktiviteter och kunna justera premien allteftersom verksamheten samt riskerna utvecklas och förändras.¹²⁹

Utan regler för aktiekapital är det upp till de borgenärer med faktisk möjlighet att avtalsvägen skaffa sig ett skydd mot att lånebolagets finansiella muskler blir alltför uttömda. Ett visst minimiskydd kan man då mena att lagen bör erbjuda – för båda parter vill väl slippa transaktionskostnaderna sådana avtalsförhandlingar medför? – men detta kan ifrågasättas. Frivilliga och flexibla lösningar borde kunna ”vinna” över besparingar inför låneavtalen. Dessutom kan betvivlas om lagstiftaren är en bättre aktör att avgöra lånevillkor än vad långgivaren respektive -tagaren är. Det finns nog heller ingen anledning att förstora risken för icke-anpassande borgenärer att stå oskyddade, då man i flera scenarion kan tänka sig att dessa hakar på borgenärer som ställt upp lånevillkor. Avtalen får en överspillande effekt (*spillover-effect*) och gynnar även borgenärer som inte står i klassisk förhandlingsposition, tänker man sig.¹³⁰

Det går att argumentera för att om aktiekapitalsreglerna innebar en markant nytta för mindre och svagare borgenärer så behöver detta ändå inte innebära att lagstiftaren ska påtrycka bolagen regleringen. Vore det av nytta så skulle den tillämpas av marknaden ändå, spontant. Ett bolag skulle då erbjuda sina svagaste borgenärer ett skydd likt aktiekapitalets, så länge som sagda borgenärer värdesatte skyddets fördelar mer än vad skyddet skulle kosta bolaget i fråga. Vore skyddet effektivt att ha skulle det alltså uppstå ”av sig själv” genom bolagets agerande med sina mindre starka borgenärer.¹³¹

Det ter sig inte som att varken svagare, ofrivilliga eller icke-anpassande borgenärer gör några större förtjänster på ett kvarlevande aktiekapitalssystem. Någon förtjänst kan sannolikt konstateras, men beaktas kostnaden det innebär för aktiebolaget att leva upp till aktiekapitalsreglerna är det tveksamt om det rör sig om en *nettoförtjänst*.

¹²⁷ Andersson, 2010, s. 57.

¹²⁸ Andersson, 2010, s. 58.

¹²⁹ Armour, s. 19.

¹³⁰ Payne, s. 226.

¹³¹ Enriques & Macey, s. 1191.

5.3 Fyller aktiekapitalsreglerna sin tilltänkta funktion?

Att hävda att minimikapitalet fyller en trygghetsfunktion för bolagsborgenärerna kan argumenteras vara såväl missvisande som kanske till och med vilseledande. Genom att tro på funktionen invaggas bolagets fordringsägare i en falsk föreställning om att lagstiftningen de facto skyddar dem. Rimligare vore om fordringsägare, såsom sedan länge varit fallet i USA, förlitade sig i större utsträckning på kreditupplysningar, ekonomisk information såsom årsredovisningar och kompletterade detta informationsinhämtande med säkerheter fristående från bolagsrättens regleringar.¹³²

Minimibeloppet som måste tillföras ett svenskt aktiebolag vid bolagsbildningen är såväl trivialt givet det låga beloppet som meningslöst med tanke på att det helt saknar koppling till de skulder bolaget kan dra på sig och vilken typ av verksamhet som bedrivs i bolaget. Systemet utgår ifrån att en satt summa aktiekapital kan informera nuvarande och framtida borgenärer om vilka tillgångar som finns och kommer att förbli i bolaget. Borgenärer tenderar dock att inte bry sig om detta. En anledning är att minimikapital tillfört i kontanter kan användas i bolaget för att köpa tillgångar som kommer att sjunka i värde. En borgenär som vill ha hela bilden av ett företags finansiella muskler måste granska balansräkningen i sin helhet, och inte bara vilken summa minimikapital som tillfördes vid bolagsbildningen. Borgenärerna måste också basera sina kalkyler på bolagstillgångarnas nuvarande värde, och inte det värde de hade vid köptillfället. Summan av minimikapital säger alltså inte tillräckligt för att en borgenär ska kunna nöja sig med informationen. Ett ytterligare problem kan uppstå om bolaget tillfördes minimikapitalet i form av apportegendom. Sådant förfarande kräver ett revisorsintyg på egendomens värde, en värdering som såklart gjorts enligt valda revisors skönmässiga beräkningar och bedömningar. Värderingsmetoderna är flertaliga, och kan resultera i olika summor. Att hitta en oberoende revisor att utföra granskningen kan också bli svårt, generellt sett har revisorer intressen som färgar deras bedömning i fall som dessa. En revisors egna affärsmässiga intressen medför att apportegendom ofta accepteras så länge som den inte övervärderats till den grad att även en lekman skulle kunna se att så är fallet.¹³³

Det går inte att bortse ifrån hur affärsvärlden förändras. Flertalet bolag som startas idag opererar inom service- eller kunskapssektorn. ABL tillåter dock inte framtida arbete eller tjänster som apportegendom. Detta blir ett stort problem för företag inom t.ex. IT, konsult eller liknande branscher. Idag måste idéer och know-how sägas vara värt var del lika mycket som fysiska tillgångar, och det råder konkurrens på marknaden om att locka till sig den bästa arbetskraften och humankapitalet. Det ter sig mot bakgrund av detta orimligt och bakåtsträvande att i ett system med aktiekapital inte ens tillåta huvudtillgången i nystartade bolag att agera minimikapital och möjliggöra bolagsbildningen.¹³⁴

¹³² Andersson, 1999, s. 38-39.

¹³³ Enriques & Macey, s. 1186-1188.

¹³⁴ Enriques & Macey, s. 1195.

Jämfört med avtalsmässigt borgenärsskydd fungerar aktiekapitalet på så vis att bidrag till bolaget från dess ägare vid bildningen skjuts in till bolaget, men väl där kan användas för bolagets drift. Det är ingen summa som avsätts som en pott för det fall att insufficiens/insolvens uppstår.¹³⁵

Är man av åsikten att minimikapitalreglerna inte fyller någon vidare stor funktion så kanske man måhända likväl menar att de i alla fall skänker bolagsborgenärerna något skydd jämfört med att slopa kravet på minimikapital totalt. Det skulle alltså vara en marginell förbättring att behålla kravet än att avskaffa institutet minimikapital. Till detta resonemang kan invändas att en sådan ”marginell förbättring inte bör behållas om denna samtidigt medför ”byråkratisering” av bolagens handlingssätt och är kostnadsineffektiv”. Den marginella fördelen måste uppväga nackdelarna för att systemet ska kunna ses som försvarbart.¹³⁶

Minimikapitalet är tänkt att agera ekonomisk buffert åt borgenärerna för det fall att bolaget hamnar i insolvens. Att beståndet/marknadsvärdet av kapital eller egendom som tillskjuts bolaget ständigt är föremål för osäkerhet bidrar till att man kan klandra aktiekapitalet för viss ihållighet och funktions-oduglighet.

5.4 Bör en seriositetsspärr för att bilda aktiebolag tillämpas?

I lagstiftningsarbetet har vi sett flera prov på att en poäng med att upprätthålla minimikapitalreglerna är att de fungerar som en sorts seriositetsspärr, och säkerställer att inte alltför ogenomtänkta idéer manifesteras i aktiebolag.

[Argumentet] kan förstås som att de medborgare som önskar kunna använda aktiebolaget som näringsform utan personligt betalningsansvar för dess skulder skall inse det allvarliga och förmånliga med ett sådant system. Detta privilegium bör enbart ifrågakomma om vederbörande är beredd att offra något, vilket bör vara en ekonomisk uppoffring i form av minimikapital. En dylik argumentation är [...] helt ohållbar. Det är inte fråga om något privilegium. Tvärtom är aktiebolagskonstruktionen ett naturligt inslag i ett modernt samhälle och en förutsättning för bl.a. ökad välfärd för flertalet. Således borde lagstiftaren plocka bort ”privilegesynsättet” för att i görligaste mån främja förutsättningarna för näringsverksamhet. Inte tvärtom.¹³⁷

Att bolagets bildare tillskjuter ett belopp motsvarande minimikapitalet kan signalera för borgenärer att det finns en tilltro på affärsidén, och att bolaget är kreditvärdigt. På detta vis kan aktiekapitalreglerna förhindra uppkomsten av mindre lovande affärsprojekt, som möjligtvis/sannolikt inte skulle ha gått en ljus framtid till mötes.¹³⁸ Författaren menar att det dock är rimligt att tänka sig att samma effekt, en villighet hos borgenärer att satsa på en verksamhet vilken bildarna har en stark tro på, kan uppnås genom att bolagsbildarna ställer personlig borgen eller annan säkerhet för ett lån åt bolaget. Med ett sådant upplägg

¹³⁵ Miola, s. 479-480.

¹³⁶ Andersson, 1999, s. 39.

¹³⁷ Andersson, 1999, s. 40.

¹³⁸ Engert, s. 4-5.

är dessutom borgenärernas utsikter att få full täckning för sin fordran mycket större än om detta ska sökas ur 50 000 kr.

Vidare kan ifrågasättas hur ett regelkomplex som sägs syfta till att skydda borgenärer från att deras fordringar på ett aktiebolag inte leder till återbetalning hör ihop med hur mycket pengar bolagsbildarna vågar satsa på att deras affärsidé håller. Ska detta vara meningen med aktiekapitalet bör inte diskussionen om dess vara eller inte vara bygga på ett resonemang om borgenärsskydd (som ett spel för gallerierna).

5.5 Skulle övergivna aktiekapitalsregler innebära slutet på principen om frihet från personligt ansvar?

Ett argument tidigare redovisat är det att med ett skrotat aktiekapital så skulle principen om begränsat personligt betalningsansvar att urholkas, med hänvisning till ett ökat antal rättsfall gällande ansvarsgenombrott. Detta baseras på att antalet ansvarsgenombrottsfall är högre i USA än i Sverige och/eller att rekvisiten för just ansvarsgenombrott är mer förfinade i USA än i Sverige. Denna jämförelse, mellan USA och Sverige, är helt orimlig. Antal företag i USA ca 100 gånger fler än i Sverige, varför antal rättsfall på associationsrättsliga området också borde vara så mycket högre. Av samma anledning är också lagstiftningen på temat mer utvecklad. Absoluta jämförelser i detta sammanhang är inte intressanta, utan en relativ komparativ studie måste företas. Argumentet lär också sakna empiriska belägg.¹³⁹ Tvärtom verkar såväl Nya Zeelands och Storbritanniens siffror för ansvarsgenombrottsfall sjunkit respektive förblivit opåverkade sedan lagändringarna tidigare presenterade införts.¹⁴⁰ Någon förändring i stil med ovan beskrivna verkar alltså inte lagändringar orsaka.

¹³⁹ Andersson, 2010, s. 65.

¹⁴⁰ Andersson, 2010, s. 66. Nya Zeeland – införandet av 6.40 § MBCA. Storbritannien – Implementeringen av andra bolagsdirektivet.

6. Vilken väg ska Sverige gå? – *Ett de lege ferenda-resonemang*

6.1 Konkreta förslag till ändringar i svensk bolagsrätt

6.1.1 Reglera aktiekapital för privata aktiebolag självständigt från irrelevant påverkan

I motsats till flera europeiska länder har Sverige valt att låta publika och privata aktiebolag vara reglerade genom en och samma lag – ABL. Denna regleringsteknik är ofördelaktig då direktiv som Andra bolagsdirektivet implementeras för båda bolagstyperna, oberoende av att vissa eller flera av bestämmelserna i direktivet egentligen inte behövs för privata aktiebolag samt/eller är onödigt kostnadsbetungande. Den svenska lagstiftaren skulle kunna välja att implementera direktivets bestämmelser endast för publika aktiebolag och sedan välja en annan lösning för privata aktiebolag. Nackdelen med detta vore att ABL blir mera svåröverskådlig och omfattande än vad som redan är fallet. Summan av det anförda är att lagstiftaren med ABL som ”*one size fits all*”-lösning låst in sig i ett hörn, och detta kan utgöra ett hinder mot en nödvändig såväl rättspolitisk som ekonomisk utveckling.¹⁴¹

Svenska lagstiftaren har förklarat sig med att Sverige för ”att skapa en enhetlig lagreglering” borde följa Andra bolagsdirektivet även för svenska privata aktiebolag, trots att direktivet bara reglerar publika bolag. Resonemanget upplever inte författaren vara försvarbart. Istället för att gå till grunden med frågan om aktiekapitalets nytta kontra skada/icke-nytta upplever jag att lagstiftaren satte den bekväma foten först och gick en mellanväg som skulle väcka lagom lite anstöt hos samtliga berörda, bolagsbildare som borgenärer. Ett drag som jag anser var sämre än att behålla en högre och mer skyddande nivå på aktiekapitalet eller att slopa aktiekapitalsreglerna helt och överlämna det åt marknaden att anordna ett fullgott eller åtminstone adekvat skydd mot risken att gäldenärsbolag hamnar i ekonomiska svårigheter.

6.1.2 Ett kvarlevande aktiekapital borde vara beloppsmässigt högre

Redan i sig självt är minimikapitalet för lågt för att kunna fylla någon reell skyddsfunktion. Flera av ovan återgivna författare har klargjort detta genom att hänvisa till de extra säkerheter som borgenärer oftast kräver inför utlåning av medel till bolagen, och det faktum att ett bolag sällan endast har en borgenär gör att biten av kakan som kan tillgodogöras av respektive fordringsägare vid en eventuell konkurs/insolvensförfarande är för liten för att kunna räcka som ”fullgott” borgenärsskydd. Kan lagstiftaren på ett

¹⁴¹ Andersson, 2010, s. 34.

rättsekonomiskt övertygande vis argumentera för att behålla minimikapitalet då det utgör ett gott skydd för bolagets borgenärer, då borde detta skyddet också vara av en nivå som kan vara av någon reell betydelse.

6.1.3 Ett kvarlevande aktiekapital borde präglas av större flexibilitet

Även om detta resonemang inte skulle stärka funktionen av aktiekapitalet som borgenärsskydd så kan man undra om inte det *i rättvisans namn* skulle vara värt att även i Sverige godta värdet av framtida arbete/tjänster som apportegendom? Har lagstiftaren godtagit egendom där värdet kan fluktueras en hel del (såsom är fallet med immateriell egendom) och andra jurisdiktioner i Europa accepterar framtida utfört arbete talar viss logik för att så skulle kunna ske även i Sverige. Författaren understryker att detta resonemang enbart ser ett rättviseperspektiv, inte nödvändigtvis ett borgenärsperspektiv.

6.1.4 Reglerna om minimikapital borde avvecklas

I det internationella samspelet borde Sverige ha ett mindervärdighetskomplex vad gäller det inhemska kapitalskyddssystemet (d.v.s. kravet på minimikapital, kapitaluppbyggnadsregler och kapitalskyddsregler i ABL). Sverige följer helt sonika inte med i den utveckling som äger rum på det moderna internationella aktiebolagsrättsliga området, såsom rättsutvecklingen i USA och Tyskland.¹⁴² Resonemanget om fri etableringsrätt inom EU får mig som författare dessutom att undra: Om Sverige på grund av EU:s regler om fri etableringsrätt ändå måste acceptera ett aktiekapital om 0 kr – då brittiska aktiebolag måste tillåtas bedriva verksamhet i Sverige genom en svensk filial – varför då behålla egna aktiekapitalkravet?

Det svenska vurmandet för konservatism bör inte gå överstyr, och man inte ska vara rädd för att förändra rådande regelverk om detta visar sig vara bristfälligt eller meningslöst enbart med stöd av argumentet att det är så vi alltid har gjort.¹⁴³ Faktum är att ett flertal europeiska länder fortfarande av främst historiska skäl upprätthåller ett krav på minimikapital. Rättsutvecklingen pekar dock tydligt åt ett håll – allt fler jurisdiktioner fasar sakta men säkert ut minimikapitalreglerna.¹⁴⁴ Det vore uppfriskande med ett rättssystem som uppmanar och bereder väg för nytänkande.¹⁴⁵ Minimikapitalet erbjuder knappast något adekvat skydd ens för icke-anpassande borgenärer och kostnaden som de obligatoriska lagreglerna innebär väger tyngre än de fördelar som systemet för med sig.¹⁴⁶ Aktiebolagslagens kapitalsystemet, som ska syfta till att skydda bolagens borgenärer, fungerar inte.¹⁴⁷ Skälen för att överge minimumkapitalkravet är många och de är tunga. Motskälerna är färre och väger faktiskt inte alls särskilt tungt.¹⁴⁸

¹⁴² Andersson, 2010, s. 32.

¹⁴³ Andersson, 1999, s. 45.

¹⁴⁴ Andersson, 2010, s. 32.

¹⁴⁵ Andersson, 1999, s. 45.

¹⁴⁶ Armour, generellt och s. 19-21 specifikt.

¹⁴⁷ Andersson, 2010, s. 60.

¹⁴⁸ Andersson, 1999, s. 40.

6.1.5 Ett nytt skyddssystem för borgenärer behöver utvecklas

Med slutsatsen att reglerna om minimikapital i svenska ABL är ineffektiva och/eller onödigt betungande har vi under tidigare kapitel sett att det finns en hel del andra regleringar som skulle kunna ersätta dessa utan att vara mer betungande för vare sig bolagsbildarna eller borgenärerna. En bättre idé vore att avreglera området som är aktiebolagens kapitalskydd, och utveckla en mer minimalistisk modell likt amerikanska 6.40§ MBCA om förbud mot värdeöverföringar som inte ”klarar” ett insufficiens- eller insolvenstest.¹⁴⁹ Också de i hemmanationerna lyckade och välbeprövade reglerna om amerikanska *fraudulent transfers* och brittiska *wrongful trading* vore intressanta att arbeta in i svensk bolagsrätt. I övrigt kan man förlita sig på att anpassande, frivilliga, borgenärer avtalar om egna villkor för lån och krediter samt anpassar sitt beteende efter förevarande risker. Behoven hos särskilt skyddsvärda ofrivilliga borgenärer bör slutligen tillgodoses genom speciallagstiftning (såsom försäkringsregleringar).¹⁵⁰

6.2 Avslutande kommentar

Författarens slutsats är egentligen ganska simpel: *Reglerna om minimikapital i svensk bolagsrätt behöver revideras*. Hävdar lagstiftaren att minimikapitalet ska utgöra ett någorlunda adekvat borgenärsskydd så har 50 000 kr visat sig vara en alltför låg beloppsnivå. Hävdar lagstiftaren att 50 000 kr likväl är bra då det uppvisar seriositet och övertygelse hos bolagsbildaren är detta inte vidare ändamålsenligt eftersom syftet med aktiekapitalsreglering är att erbjuda finansiellt borgenärsskydd, inte att diskriminera mindre bemedlade affärsgenier. Hävdar lagstiftaren att 50 000 kr åtminstone tillgodoser visst skyddsbehov hos icke-anpassande samt ofrivilliga borgenärer samtidigt som det håller nere transaktionskostnaderna för övriga kunde lagstiftaren gynnas av att studera de i denna uppsats återgivna redogörelserna för välfungerande anglosaxisk bolagsrätt utan rigida och ologiska krav på minimikapital.

Det ska bli spännande att se vad nästa steg inom svensk aktiebolagsrätt blir. Med denna uppsats i bagaget har jag förhoppningarna klara för mig. Bort med oflexibla kapitalkrav lämpade för 1800-talsverksamhet. In med ändamålsenliga avtalsformuleringar och lagreglering som tillgodoser kapitalisering och borgenärsskydd under driften av bolaget – inte försvårar dess själva uppkomst.

¹⁴⁹ Andersson, 2010, s. 62.

¹⁵⁰ Andersson, 2010, s. 62.

Källförteckning

Offentligt tryck

Aktiebolagslag (SFS 2005:551)

SOU 2008:49 – Aktiekapital i privata aktiefbolag.

SOU 2009:34 – Förenklingar i aktiefbolagslagen m.m..

Regeringens proposition 2009/10:61 – En sänkning av kapitalkravet för privata aktiefbolag.

Promemoria – Minsta tillåtna aktiekapital i privata aktiefbolag (kompletterande underlag).

Litteratur

Andersson, Jan, Kapitalkrav och kapitalskydd i internationellt perspektiv – onödigt borgenärsskydd?, ur *Selskabers kapital*, 1999, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiefbolag*, Upplaga 6, 2010, LitteraturCompagniet AB.

Armour, John, Legal Capital: an Outdated Concept?, 2006, *European Business Organization Law Review*, Vol. 7 Nr. 1, s. 5-27.

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Upplaga 1:1, 1993, Norstedts Juridik.

Engert, Andreas, *Life Without Legal Capital: Lessons from American Law*, 2006, Ludwig Maximilians Universität München, Working Paper.

Kraakman, Reiner et al, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Upplaga 2, 2009, Oxford University Press

Macey, Jonathan R & Enriques, Luca, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules (2001). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1413.

Miola Massimo, Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective, 2005, *European Company & Financial Law Review*, s. 413-486.

Payne, Jennifer, Legal Capital and Creditor Protection in UK Private Companies, 2008, *European Company Law*, Volume 5, Issue 5.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Upplaga 2, 2007, Norstedts Juridik.

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, Upplaga 4, 2012, Norstedts Juridik.

Sealy, Len & Worthington, Sarah, *Sealy's Cases and Materials in Company Law*,
Upplaga 9, 2010, Oxford University Press

Skog, Rolf, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, Upplaga 23, 2011, Norstedts Juridik.

Elektroniska källor

Bolagsverket, Statistik om företag och föreningar,

<http://www.bolagsverket.se/om/oss/etjanster/statistik/statistik-1.3538>, hämtad
2013-03-01.

Löwengrip, Isabella, [Blondinbella.se](http://blondinbella.se), 2011-04-19, "Läsarfråga",

<http://blondinbella.se/2011/04/19/lasarfraga-57/>, hämtad 2013-03-01.