



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Bror Eriksson Aili

Värdeöverföringsproblematiken vid överlåtelse av egendom från fåmansbolag till närstående bolag

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Samuelsson

Termin för examen: VT2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Problemformulering	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod	8
1.5 Disposition	8
2 KAPITALSYSTEMET	10
2.1 Inledning	10
2.2 Aktiekapitalet	10
2.3 Kapitaluppbyggnad	11
2.4 Kapitalskyddet	11
3 REGLERINGEN AV VÄRDEÖVERFÖRINGAR	12
3.1 Historisk återblick	12
3.2 Värdeöverföringsreglernas systematik	12
3.3 Begreppet värdeöverföring	13
3.4 Formerna för värdeöverföring	14
3.5 Borgenärsskyddet	14
3.5.1 Allmänt	14
3.5.2 Täckningsprincipen	15
3.5.3 Försiktighetsregeln	15
3.6 Rättsverkningar vid olovlig värdeöverföring	15
3.6.1 Allmänt	15
3.6.2 Återbäringsskyldighet	16
3.6.3 Bristtäckningsansvar	16
3.7 Andra restriktioner	17

4	RENT AFFÄRSMÄSSIG TRANSAKTION	19
4.1	Allmänt	19
4.2	Annan affärshändelse	19
4.3	Förmögenhetsminskning	19
4.3.1	Värdeskillnaden och dess storlek	19
4.3.2	Värderingsfrågan	23
4.4	Avsaknad av rent affärsmässig karaktär	26
4.4.1	Allmänt	26
4.4.2	Objektiva faktorer	27
4.4.3	Frågan om subjektiva faktorer	27
4.5	Avgörande tidpunkt	32
4.6	Analys	32
4.6.1	Inledning	32
4.6.2	Rekvisitet affärshändelse	32
4.6.3	Rekvisitet förmögenhetsminskning	33
4.6.4	Rekvisitet affärsmässighet	34
4.6.5	Praktisk vägledning	35
5	LOVLIG VÄRDEÖVERFÖRING	37
5.1	Allmänt	37
5.2	Förhållandet till formföreskrifterna	37
5.3	Förhållandet till borgenärsskyddet	39
5.3.1	Frågan om brutto- kontra nettometoden	39
5.3.1.1	Problemställningen	39
5.3.1.2	Diskussionen i litteraturen	40
5.3.1.3	Rättspraxis	41
5.3.1.4	Nettometodens innebörd	43
5.3.2	Beräkningen av bundet eget kapital	44
5.3.3	Avgörande tidpunkt för täckningsprincipen	44
5.3.4	Försiktighetsregeln	45
5.3.4.1	Allmänt	45
5.3.4.2	Verksamhetens art, omfattning och risker	45
5.3.4.3	Konsolideringsbehov	46
5.3.4.4	Likviditet	47
5.3.4.5	Ställning i övrigt	48
5.3.4.6	Försvarlighetsprövningen	48
5.3.4.7	Kritiken mot försiktighetsregeln	49
5.4	Analys	52
5.4.1	Inledning	52
5.4.2	Förhållandet till formföreskrifterna	52
5.4.3	Förhållandet till borgenärsskyddet	52
6	RÄTTVERKNINGAR VID OLOVLIG VÄRDEÖVERFÖRING	56
6.1	Allmänt	56

6.2	Utrymmet för att omfattas av godtrosskyddet	57
6.3	Utrymmet för att inte anses ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt	58
6.4	Utrymmet för jämkning av bristtäckningsansvaret	61
6.5	Analys	62
6.5.1	Återbäringsskyldighetens godtrosskydd	62
6.5.2	Bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit	63
6.5.3	Bristtäckningsansvarets jämningsutrymme	64
7	SLUTSATSER	66
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	73

Summary

The thesis highlights and analyses the value transfer problem arising when transferring property from a close company to a related company. The shareholders, who indirectly are both transferors and transferees of the property, may wish to undertake such transfer at the lowest price possible. Nonetheless they have to stay within the limits of the value transfer rules in section 17 in the Swedish Companies Act unless they don't want to risk far-reaching sanctions.

In light of this problem the overarching question is whether it is possible to determine in advance if a particular transaction design is lawful or unlawful. In order to structure the problem the thesis is built on three questions. The thesis starts with a brief description of some basic rules of company law and the value transfer rules. After that the three questions are being investigated.

The first question concerns the line between a purely commercial transaction and a value transfer. Purely commercial transactions fall outside the scope of the value transfer rules. This makes the distinction highly relevant for shareholders who are about to transfer property to a related company. For such transfers of property the thesis concludes that all transactions where the consideration is less than the market value of the property, constitutes value transfers. The distinction is however associated with valuation problems that complicates the distinction.

The second question concerns how a transfer of property to a related company should be designed to be lawful. The procedural requirements laid down by the value transfer rules do not constitute any real obstacles. This is partly because the shareholders by the doctrine of all shareholders consent can override rules that are designed to protect solely the shareholders and partly because there normally is identity between the shareholders and the board in close companies. Not even the principle of coverage of the restricted equity causes any concern since it is based on entries in the company's accounts. However, the thesis shows that there is a considerable uncertainty about how the rule of caution should be applied. It is not possible to comment with certainty on what is required for a value transfer to be justifiable under the rule of caution.

The third question concerns the possibility of completely avoiding legal consequences with reference to either the valuation problems or the uncertainty surrounding the rule of caution. The thesis indicates that the scope in order to avoid legal consequences is tied to what the shareholders realized, must have realized or should have realized about the transfer. The conclusion is that the scope for avoiding legal consequences is very small. This applies in particular to shareholders in close companies who through an unlawful value transfer transferred property to a related company.

The conclusion in the overarching question is that it is hardly possible to comment in advance on whether a particular transaction design is lawful or unlawful according to the value transfer rules. Such a system favours neither shareholders or creditors nor society at large. The thesis leaves the question of whether the demonstrated uncertainty justifies a review of the value transfer rules to future investigation. This also applies to the question of how they best should be designed instead in the event of a review.

Sammanfattning

Framställningen belyser och analyserar värdeöverföringsproblematiken vid överlåtelse av egendom från fåmansbolag till närståendebolag. Aktieägarna, som indirekt både är överlåtare och förvärvare av egendomen, kan vilja att överlåtelsen ska ske till ett så lågt pris som möjligt. Men de måste hålla sig inom ramarna för värdeöverföringsreglerna i 17 kap. ABL om de inte vill riskera långtgående sanktioner.

Mot bakgrund av denna problematik är den övergripande frågan om det är möjligt att på förhand avgöra huruvida en viss transaktionsutformning är lovlig eller olovlig. För att strukturera problematiken utgår framställningen från tre frågeställningar. Framställningen inleds med en översiktlig redogörelse av några grundläggande aktiebolagsrättsliga regler samt av värdeöverföringsreglerna. Därefter utreds de tre frågeställningarna.

Den första frågeställningen rör gränsen mellan en rent affärsmässig transaktion och en värdeöverföring. Rent affärsmässiga transaktioner faller utanför värdeöverföringsreglernas tillämpningsområde. Detta gör att gränsdragningen är ytterst relevant för aktieägare som står i begrepp att överlåta egendom till ett närståendebolag. Framställningen når slutsatsen att när det gäller överlåtelse av egendom från fåmansbolag till ett närståendebolag så utgör alla transaktioner där vederlaget understiger egendomens marknadsvärde värdeöverföringar. Gränsdragningen är emellertid förknippad med en värderingsproblematik som försvårar gränsdragningen.

Den andra frågeställningen rör hur en överlåtelse av egendom till ett närståendebolag bör utformas för att vara lovlig. Värdeöverföringsreglernas formföreskrifter utgör i regel inga verkliga hinder eftersom aktieägarna genom sin samtyckesbehörighet kan åsidosätta aktieägarskyddande bestämmelser samtidigt som det normalt råder identitet mellan aktieägare och styrelse i fåmansbolag. Inte heller täckningsprincipen vållar några betänkligheter då den utgår från poster i bolagets redovisning. Framställningen visar dock att det föreligger osäkerhet kring hur försiktighetsregeln ska tillämpas. Det går inte med säkerhet att uttala sig om vad som krävs för att en värdeöverföring ska vara försvarlig enligt regeln.

Den tredje frågeställningen berör möjligheten att undgå rättsverkningar med hänsyn till antingen värderingsproblematiken eller försiktighetsregelns oklarhet. Framställningen visar att utrymmet för att undgå rättsverkningar är knutet till vad aktieägarna insett, måste insett eller bort inse angående transaktionen. Slutsatsen är att utrymmet för att rättsverkningar helt ska utebli är litet. Detta särskilt för aktieägare i fåmansbolag som genom en olovlig värdeöverföring överlåtit egendom till ett närståendebolag.

Framställningens konklusion i den övergripande frågan är att det knappast är möjligt att med säkerhet uttala sig på förhand om huruvida en viss överlåtelse är lovlig enligt värdeöverföringsreglerna. En sådan ordning gynnar vare sig aktieägare, borgenärer eller samhället i stort. Frågan om den påvisade osäkerheten motiverar en översyn av värdeöverföringsreglerna och i så fall hur dessa bäst bör utformas istället, lämnar framställningen åt framtida utredning.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
ABL 75	Aktiebolagslag (1975:1385)
BFL	Bokföringslag (1999:1078)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
HD	Högsta domstolen
KonkL	Konkurslag (1987:672)
NJA	Nytt juridiskt arkiv avdelning I
NTS	Nordisk tidskrift for selskabsret
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SN	Skattenytt
SvJT	Svensk juristtidning
SvSkT	Svensk skattetidning
SOU	Statens offentliga utredningar
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

1 Inledning

1.1 Problemformulering

Ponera följande: du är en av fem aktieägare i ett bolag som alla äger lika del. Tillsammans med de övriga fyra ägarna utgör du även bolagets styrelse. Bolagets verksamhet består av att det äger fyra hyresfastigheter och hyr ut både lokaler och lägenheter i dessa. Dessutom äger bolaget fyra industrifastigheter varav två hyrs ut och två nyttjas av bolaget för egen del. På de två egna industrifastigheterna tillverkas både köksdetaljer i trä samt kullager i stål. Den del av bolagets verksamhet som är mest lönsam är tillverkningen av kullager. Av något affärsmässigt skäl, till exempel effektivisering och renodling av verksamheten, skulle ni vilja bedriva kullagertillverkningen i ett separat bolag. Därför bildar ni ett nytt aktiebolag och även i detta äger ni alla lika del. Till detta närståendebolag avser ni att överlåta både den industrifastighet som kullagertillverkningen bedrivs på samt det inkråm som används vid kullagertillverkningen.

Närståendebolaget vill att överlåtelsen ska ske till ett så lågt pris som möjligt. Eftersom ni är både säljare och köpare utgår ni från att ni kan sätta det pris ni vill. Men här möter era planer hinder. Er juridiske rådgivare informerar att bolagets borgenärer, som inte alls vill att den mest lönsamma verksamhetsgrenen lämnar bolaget, kan komma att försöka angripa överlåtelsen under påståendet att den utgör en olovlig förtäckt värdeöverföring i enlighet med 17 kap. ABL¹ vid en eventuell framtida konkurs. Rådgivaren meddelar även att ni, för det fall ett sådant angripande vinner framgång, riskerar att överlåtelsen blir ogiltig och att kullagertillverkningen måste återföras till det ursprungliga bolaget för att där gå till utdelning bland konkursborgenärerna. Dessutom riskerar ni som aktieägare och styrelseledamöter att träffas av bristtäckningsansvar som i så fall drabbar er privata ekonomi.

Plötsligt inser ni er prekära situation och att ni ställts inför en svår problematik. Å ena sidan vill ni genomföra överlåtelsen till ett så lågt pris som möjligt men å andra sidan vill ni inte drabbas av sanktioner. Ett sätt att lösa problematiken är förstås att vederlaget sätts avsevärt högre än värdet på den överlåtna egendomen. Men det skulle innebära en mycket dålig affär och det lockar er inte alls. Att helt avstå överlåtelsen tar också emot eftersom ni är övertygade om att den skulle leda till ökad lönsamhet samt expansionsmöjligheter för kullagertillverkningen. Det bästa alternativet hade varit om det fanns en tydlig gräns mellan lovliga och olovliga värdeöverföringar och att det på förhand gick att avgöra huruvida en viss utformning av en överlåtelse av egendom till ett närståendebolag är förenlig med 17 kap. eller inte. Är det möjligt?

¹ För att förenkla framställningen hänvisas fortsättningsvis till ABL enbart med angivande av kapitel och paragraf såvida inte tydlighetens intresse kräver annat.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det inledande exemplet illustrerar den värdeöverföringsproblematik som många aktieägare ställs inför när de överväger att överlåta egendom till ett närståendebolag. Aktieägarna ställs inför ett svårt val och oavsett vilket beslut de fattar kan det leda till långtgående konsekvenser för verksamheten och för aktieägarna själva. Det är denna praktiska problematik som analyseras i framställningen.

För att strukturera problematiken och göra den mer överskådlig har tre frågeställningar, relevanta för aktieägare som står i begrepp att överlåta egendom till ett närståendebolag, formulerats. De tre frågeställningarna tar sikte på tre olika steg i prövningen enligt 17 kap.

Den första frågeställningen berör frågan om när värdeöverföringsreglerna över huvud taget aktualiseras. Frågeställningen lyder: var går gränsen mellan en rent affärsmässig transaktion och en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § fjärde punkten?

Den andra frågeställningen utgår från att värdeöverföringsreglerna är tillämpliga och berör gränsen mellan lovliga och olovliga värdeöverföringar. Frågeställningen lyder: hur ska en förtäckt värdeöverföring utformas för att vara lovlig enligt 17 kap. 2 och 3 §§?

Den tredje frågeställningen utgår från att en överlåtelse av egendom till ett närståendebolag har ansetts utgöra en olovlig värdeöverföring och berör frågan om aktieägarna i sådana situationer likväl kan undgå rättsverkningar med hänsyn till värdeöverföringsreglernas utformning. Frågeställningen lyder: kan rättsverkningar utebli enligt 17 kap. 6 och 7 §§ trots att det föreligger en olovlig förtäckt värdeöverföring?

Framställningens syfte är således att besvara dels de tre frågeställningarna, dels den övergripande frågan om det inför en överlåtelse av egendom till närståendebolag är möjligt att uttala sig om huruvida en viss transaktionsutformning är förenlig med värdeöverföringsreglerna.

1.3 Avgränsningar

Framställningen behandlar överlåtelse av egendom till närståendebolag ur ett aktiebolagsrättsligt perspektiv och utgår från 17 kap. Överlåtelser av egendom till närståendebolag sker framför allt från *fämansbolag*^{2,3}. Skälen

² Uttrycket ”fämansbolag” används i litteraturen för att beteckna ett aktiebolag med högst tio aktieägare, se t.ex. Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 7 kap. 36 §, 36.1.

³ Johansson, 2011, s. 87. Som framgår under avsnitt 3 omfattas överlåtelse av egendom till närståendebolag inte av lagens öppna värdeöverföringstyper. Det är enbart den förtäckta typen som kan komma i fråga. Avsnitt 3 visar vidare att en förtäckt värdeöverföring förutsätter samtliga aktieägares samtycke eftersom man avviker från värdeöverföringsreglernas formföreskrifter. Aktieägarna i fämansbolag brukar ha ett nära

till varför ett fåmansbolag vill överlåta egendom till ett närstående bolag kan variera. Den problematik framställningen tar sikte på uppstår när aktieägarna vill hålla sig inom de rättsliga ramarna men samtidigt utforma transaktionen så förmånligt som möjligt för egen del. Så kan vara fallet när transaktionen har mer affärsmässiga motiv. För att kunna granska och analysera denna problematik utgår framställningen, precis som det inledande exemplet, från ett fåmansbolag där aktieägarna vill överlåta egendom till ett närstående bolag med samma aktieägare i effektiviserings- och renodlingssyfte.

I regel ifrågasätts en transaktion först vid konkurs.⁴ Därför utgår framställningen även från att det är fåmansbolagets konkursbo, genom dess förvaltare, som försöker angripa transaktionen med stöd av värdeöverföringsreglerna.

Regleringen av förmånsbeskattning är av stor betydelse när aktieägare står inför valet att överlåta egendom till ett närstående bolag. Skatterättsliga perspektiv faller emellertid utanför framställningen.

1.4 Metod

Framställningen bygger på traditionell rättsdogmatisk metod. Det innebär att relevanta rättskällor i form av författning, förarbeten, rättspraxis samt rättsvetenskaplig litteratur har granskats kritiskt varefter de ovan nämnda frågeställningarna har analyserats. Framställningen har som ambition att minska rättsosäkerheten. I de områden där oklara rättslägen identifierats görs därför självständiga analyser för att skapa en argumentation kring vad som rimligen bör utgöra gällande rätt. Analysavsnitten innehåller även vissa rekommendationer till aktieägare i fåmansbolag som vill överlåta egendom till ett närstående bolag.

Vad gäller materialet har de för framställningen relevanta frågeställningarna inte behandlats vare sig i förarbeten eller rättspraxis. De förarbetsuttalanden som bedömts vara relevanta har beaktats och i framställningen förekommer rättsfall från samtliga tre instanser som ansetts viktiga för behandlingen av problematiken. Kapitalskyddet och värdeöverföringsreglerna har behandlats flitigt i den rättsvetenskapliga litteraturen.

1.5 Disposition

För att placera den aktuella problematiken i en större aktiebolagsrättslig kontext behandlar avsnitt 2 vissa grundläggande aktiebolagsrättsliga regler. I avsnitt 3 ges en presentation av systematiken i värdeöverföringsreglerna i

samarbete och de deltar ofta i bolagets förvaltning. Således är förutsättningarna goda för att samtliga aktieägare i ett fåmansbolag ska samtycka till en egendomsöverlåtelse. Sådan enighet är i regel svår att uppnå i bolag med spritt ägande. Detta har lett till att dylika närståendetransaktioner är mer sällsynta i sådana bolag.

⁴ Andersson, 1995, s. 647.

17 kap. I avsnitten 4, 5 och 6 behandlas framställningens tre frågeställningar. Vart och ett av dessa avsnitt disponeras på så sätt att först ges en allmän introduktion, sedan behandlas gällande rätt och sist följer en analys av gällande rätt samt även vissa rekommendationer till aktieägare i fåmansbolag som önskar överlåta egendom till ett närstående bolag. Med grund i analyserna slutförs framställningen i avsnitt 7 med en sammanfattning av dragna slutsatser och en konklusion beträffande den övergripande frågan.

2 Kapitalsystemet

2.1 Inledning

Aktiebolagsformen har genom sin konstruktion en inneboende intressekonflikt mellan aktieägare och borgenärer. Konflikten har sin grund i att aktieägarna som utgångspunkt inte ansvarar för bolagets skulder enligt 1 kap. 3 §. Avsaknaden av personligt betalningsansvar gör att borgenärernas kreditrisk helt är avhängig bolagets kapital som därmed är borgenärernas primära säkerhet. För borgenärernas del är det därför viktigt att bolagets kapital är så stort som möjligt. Aktieägarna å sin sida vill så långt möjligt kunna disponera fritt över bolagets kapital. Möjligheten att attrahera riskvilligt kapital skulle försvåras om aktieägarnas residualrätt var för liten. Det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet måste således vara utformat för att åstadkomma balans mellan dessa intressen.⁵

Mot denna bakgrund har ABL:s borgenärsskydd byggts kring kapitalsystemet. Detta system består av regler som kan delas upp i två huvudgrupper. Den ena gruppen innefattar krav på minsta aktiekapital och regler om kapitaluppbyggnad. Den andra gruppen innefattar regler som syftar till att skydda aktiekapitalet.⁶

2.2 Aktiekapitalet

Aktiebolagets kapital delas in i *eget* respektive *främmande* kapital. Det egna kapitalet består av skillnaden mellan bolagets tillgångar och skulder och kan således beskrivas som aktieägarnas del av bolagets tillgångar. Det egna kapitalet uppstår genom att bolagsstiftarna tillskjuter kapital vid bolagsbildningen eller genom att de tillskjuter kapital senare alternativt låter vinst stanna i bolaget. Det egna kapitalet delas i sin tur in i *bundet* respektive *fritt* kapital, 5 kap. 14 § ÅRL. Vidare anger lagrummet att det egna bundna kapitalet utgörs av aktiekapital samt eventuell uppskrivningsfond, reservfond och kapitalandelsfond.

Att aktiebolaget ska ha ett aktiekapital framgår av 1 kap. 4 §. Formellt sett utgör aktiekapitalet enbart en kontrollpost på skuldsidan i bolagets balansräkning och svarar inte mot några specifika tillgångar. Syftet med aktiekapitalet är att utgöra ett skydd för borgenärerna genom att garantera att bolaget alltid har tillgångar som minst svarar mot bolagets förpliktelser.⁷ Aktiekapitalet ska med andra ord vid varje tidpunkt utgöra en nettoförmögenhet i bolaget som är reserverad för dess åtaganden.⁸ För privata aktiebolag måste aktiekapitalet minst uppgå till 50 000 kronor

⁵ Lindskog, 1995, s. 14.

⁶ Andersson, 2010, s. 33 f.

⁷ Prop. 2004/05:85, s. 212.

⁸ Sandström, 2012, s. 25.

medan minimikapitalet för publika aktiebolag är 500 000 kronor, 1 kap. 5 och 14 §§.

Bilden av kapitalsystemet som ett fullgott borgenärsskydd bör nyanseras något med hänsyn till att det i litteraturen finns röster som anser att kapitalsystemet inte fungerar som borgenärsskydd.⁹ Detta förändrar emellertid inte det faktum att kapitalsystemet alltjämt utgör gällande rätt.

2.3 Kapitaluppbyggnad

2 kap. innehåller flera bestämmelser som tar sikte på tillskottsformögenheten i samband med bolagsbildning. Härutöver regleras tillskottsformögenheten vid ökning av aktiekapitalet genom nyemission i 13 kap. Syftet bakom kapitaluppbyggnadsreglerna är att försäkra att bolaget verkligen tillförs formögenhet motsvarande det registrerade aktiekapitalet. Reglernas funktion är grundläggande för borgenärsskyddet.¹⁰

2.4 Kapitalskyddet

Det lagstadgade kravet på aktiekapital skulle i praktiken bli meningslöst om aktieägarna var fria att genom förlustbringande verksamhet eller värdeöverföringar låta täckningen för aktiekapitalet sjunka hur lågt som helst. För att säkerställa att aktiekapitalet hålls intakt innehåller ABL bestämmelser som reglerar dels åtgärder vid kapitalbrist och dels värdeöverföringar från bolaget.

Lagstiftaren har vidtagit åtgärder till skydd för aktiekapitalet i förlustbringande verksamheter inom två olika rättsområden. 11 kap. 3 § BrB stadgar att den som trots en påtaglig fara för obestånd fortsätter att driva en verksamhet på ett sätt som är till förfång för borgenärerna ska dömas för *vårdslöshet mot borgenärer*. Vid sidan om detta straffrättsliga stadgande uppställer 25 kap. en plikt för styrelse och aktieägare att vid tecken på *kapitalbrist* företa vissa i lagen angivna åtgärder för att antingen läka kapitalbristen eller försätta bolaget i likvidation. Underlåter styrelse eller aktieägare att vidta dessa åtgärder riskerar de personligt betalningsansvar för de förpliktelser som uppstår under tiden för underlåtelsen.¹¹

Den sista komponenten i det aktiebolagetsrättsliga kapitalskyddet utgörs av 17–20 kap. som begränsar bolagets, och därmed aktieägarnas, rätt att minska kapitalet eller öka skulderna utan motsvarande vederlag.¹² För framställningen är det just 17 kap. och dess reglering av värdeöverföringar från bolaget som står i centrum och värdeöverföringsreglerna presenteras översiktligt i det följande avsnitt 3.

⁹ Se Andersson, 2010, s. 58 ff. och Sacklén, SvJT 1994, s. 136.

¹⁰ Prop. 2004/05:85, s. 220 f. och 330.

¹¹ 25 kap. 13–20 §§ ABL.

¹² Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.

3 Regleringen av värdeöverföringar

3.1 Historisk återblick

Till aktiebolagsrättens mest komplicerade regelsystem hör det om värdeöverföringar.¹³ Redan i Sveriges första aktiebolagsrättsliga reglering från 1848 fanns regler till skydd för borgenärerna. De föreskrev vissa begränsningar i aktieägarnas rätt till vinstutdelning.¹⁴ Efter denna första aktiebolagslag följde ytterligare fyra. En av dessa var 1944 års aktiebolagslag.¹⁵ Den innehöll flera bestämmelser som innebar en förstärkning av borgenärsskyddet i samband med värdeöverföringar. Bland annat skulle ökning av aktiekapital ske enligt samma principer som gällde vid bolagsbildning. Härtill kom att en särskild konsolideringsprövning infördes för koncerner.¹⁶

Även 1975 års aktiebolagslag innebar en förbättring av borgenärsskyddet.¹⁷ Reglerna för vinstutdelning samlades i 12 kap. ABL 75 och en generell försiktighetsregel samt ett utökat godtrosskydd infördes.¹⁸ År 1990 tillsattes en utredningskommitté med uppgift att företa en fullständig översyn av ABL 75.¹⁹ Översynen motiverades framför allt med att lagen på grund av flera ändringar och tillägg förlorat sin struktur, överskådlighet och begriplighet. Två andra viktiga skäl var att Sverige hade inträtt i EU samt att den svenska ägarstrukturen hade förändrats.²⁰ Trots vissa terminologiska skillnader vilar reglerna i 17 kap. på samma principer som 12 kap. ABL 75. Rättspraxis, förarbeten och litteratur som berör 12 kap. ABL 75 är fortfarande av relevans för tolkningen av 17 kap.²¹

3.2 Värdeöverföringsreglernas systematik

17 kap. är uppbyggt kring begreppet ”värdeöverföring” och begreppet utgör grunden i kapitlets systematik. En värdeöverföring kan enligt 17 kap. vara antingen *lovlig* eller *olovlig*. Lovliga värdeöverföringar kan aldrig träffas av kapitlets sanktionsbestämmelser. En värdeöverföring kan vara olovlig antingen enligt kapitlets formföreskrifter eller dess borgenärsskyddsregler. En prövning enligt 17 kap. förutsätter att följande tre frågor besvaras: (i) vad utgör en värdeöverföring, (ii) hur skiljer man mellan lovliga och olovliga

¹³ Nerep, 2003, s. 37.

¹⁴ Se 9 § 1848 års aktiebolagslag, SFS 1848:43.

¹⁵ SFS 1944:705.

¹⁶ Andersson, 1995, s. 48.

¹⁷ SFS 1975:1385, fortsättningsvis benämnd ABL 75.

¹⁸ Andersson, 1995, s. 49 f.

¹⁹ Prop. 2004/05:85, s. 195.

²⁰ Prop. 2004/05:85, s. 197 f.

²¹ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.1.

värdeöverföringar samt (iii) vilka rättsverkningar kan en olovlig värdeöverföring leda till?²² Avsnitt 4, 5 och 6 bygger på denna systematik.

3.3 Begreppet värdeöverföring

Det första steget i en prövning enligt 17 kap. är, som angetts ovan, att avgöra huruvida en viss transaktion över huvud taget utgör en värdeöverföring. Begreppet värdeöverföring definieras i 17 kap. 1 § första till fjärde punkterna såsom vinstutdelning (första punkten), förvärv av egna aktier, dock inte förvärv enligt 19 kap. 5 § (andra punkten), minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna (tredje punkten), samt annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget (fjärde punkten).

En värdeöverföring innebär att bolaget genom en rättshandling frånhänder förmögenhet utan att erhålla motsvarande vederlag.²³ Värdeöverföringsbegreppet tar primärt sikte på transaktioner i förhållande till aktieägarna men genom 17 kap. 1 § fjärde punkten omfattas alla transaktioner som åtminstone till viss del är vederlagsfria, oavsett vem bolagets motpart är.²⁴

Värdeöverföringar i enlighet med 17 kap. 1 § första till tredje punkterna regleras särskilt i 18–20 kap. Bolaget redovisar dem öppet som aktiebolagsrättsliga transaktioner.²⁵ Dessa värdeöverföringstyper har därför kommit att betecknas som ”öppna” i litteraturen.²⁶

Den typ av värdeöverföring som avses i 17 kap. 1 § fjärde punkten regleras inte särskilt i ABL och kan därför vara utformad på en mängd olika vis.²⁷ Det dessa värdeöverföringar har gemensamt är att de består av rättshandlingar som, prima facie, kan framstå som rent affärsmässiga transaktioner men som egentligen inbegriper en helt eller delvis vederlagsfri överlåtelse av bolagsförmögenhet.²⁸ Sådan dold värdeöverföring benämns ”förtäckt”.²⁹ Några typiska former av förtäckta värdeöverföringar är förvärv av egendom till överpris, upptagande av lån till ränta överstigande marknadsräntan samt avskrivning av fordringar.³⁰

Eftersom risktagande ligger i aktiebolagets natur måste bolag ges möjlighet att företa en och annan förlustaffär utan att varje sådan affär klassificeras som en förtäckt värdeöverföring.³¹ 17 kap. 1 § fjärde punkten kan således ge

²² Bergström & Samuelsson, 2012, s. 207 f.

²³ Andersson, 2010, s. 73 och Sandström, 2012, s. 295.

²⁴ Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 1 §, 2.

²⁵ Prop. 2004/05:85, s. 747.

²⁶ Andersson, 2010, s. 74 och Sandström, 2012, s. 295.

²⁷ Andersson, 1995, s. 393.

²⁸ Andersson, 2010, s. 83.

²⁹ Andersson, 2010, s. 74, Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.2.

³⁰ Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 1 §, 2.

³¹ Bergström & Samuelsson, 2012, s. 209 och Skog, 2011, s. 84 f.

upphov till svåra gränsdragningsproblem. Detta granskas närmare under avsnitt 4.

3.4 Formerna för värdeöverföring

Har man väl fastställt att en värdeöverföring är för handen måste man pröva om den är lovlig eller inte. 17 kap. 2 § anger att värdeöverföringar enbart får ske i enlighet med ABL:s regler om vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, eller gåva till allmännyttigt ändamål. Avsikten med bestämmelsen är inte att reglera de materiella förutsättningarna för värdeöverföringar utan den föreskriver i vilka former bolaget genom sina organ kan besluta om värdeöverföringar.³² Av denna anledning beskrivs de angivna överföringstyperna som ”formenliga värdeöverföringar”.³³

Lagrummets ordalydelse är emellertid missvisande. Den ger sken av att värdeöverföringar inte får ske i annan form än de angivna. Formföreskrifterna i 17 kap. 2 § är uppställda till skydd för aktieägarna. Med stöd av sin *samtyckesbehörighet* kan aktieägarna således avvika från formföreskrifterna och samfällt besluta om en värdeöverföring av annan form än någon av de i lagen angivna.³⁴ I kontrast till de formenliga värdeöverföringarna betecknas sådana formavvikande värdeöverföringar som grundar sig på samtyckesbehörigheten som ”formlösa värdeöverföringar”.³⁵

3.5 Borgenärsskyddet

3.5.1 Allmänt

En annan grundläggande del av lovlighetsprövningen är 17 kap. 3 §. Bestämmelsen är uppställd till skydd för bolagets borgenärer och ger uttryck för två kumulativa principer, *täckningsprincipen*³⁶ och *försiktighetsregeln*. De två principerna är tillämpliga på såväl öppna som förtäckta värdeöverföringar och det spelar ingen roll vem mottagaren av värdeöverföringen är.³⁷ Eftersom principerna är en del av borgenärsskyddet kan aktieägarna inte åsidosätta dem genom samtyckesbehörigheten.³⁸ Trots att principerna är kumulativa förordar förarbetena med hänvisning till

³² Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 2 §, 2.

³³ Andersson, 2010, s. 133 och Skog, 2011, s. 105.

³⁴ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 2 §, 2.1.

³⁵ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 6 §, 6.3.

³⁶ Principen benämns på flera olika sätt i litteraturen. Mot bakgrund av den rättsvetenskapliga tvist om huruvida det är mest korrekt att beteckna principen ”beloppsspärren” (se Andersson, 2010, s. 115) eller ”kapitaltäckningsspärren” (se Nerep, NTS 2009, s. 49) begagnar sig framställningen av det neutrala alternativet ”täckningsprincipen”, som bland annat används av Bergström & Samuelsson (se Bergström & Samuelsson, 2012, s. 210) och Sandström (se Sandström, 2012, s. 305).

³⁷ Prop. 2004/05:85, s. 376.

³⁸ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 §, 3.1.

pedagogiska och lagtekniska skäl, att prövning först sker mot täckningsprincipen och därefter mot försiktighetsregeln.³⁹

3.5.2 Täckningsprincipen

17 kap. 3 § första stycket stadgar att en värdeöverföring inte får äga rum om det inte efter värdeöverföringen finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Det bokförda värdet på de tillgångar som finns kvar i bolaget efter värdeöverföringen måste minst motsvara det bokförda värdet på skulder, avsättningar och bundet eget kapital.⁴⁰ Eftersom aktiekapitalet utgör en del av bolagets egna bundna kapital får storleken på bolagets aktiekapital stor betydelse när man har att fastställa huruvida en värdeöverföring är förenlig med täckningsprincipen.

Beräkningen av huruvida en värdeöverföring intränger på det bundna egna kapitalet ska utgå från bolagets senaste fastställda balansräkning med beaktande av eventuella ändringar i det bundna egna kapitalet som skett sedan balansdagen.⁴¹

3.5.3 Försiktighetsregeln

Täckningsprincipen kompletteras av försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § andra och tredje styckena. Försiktighetsregeln innebär att även om det inte finns något hinder mot en värdeöverföring enligt täckningsprincipen, får bolaget endast genomföra värdeöverföringen om den framstår som försvarlig med hänsyn till de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet, samt till bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Beträffande värdeöverföringar från moderbolag föreskriver 17 kap. 3 § tredje stycket att hänsyn ska tas till hela koncernens ekonomiska ställning.⁴²

3.6 Rättsverkningar vid olovlig värdeöverföring

3.6.1 Allmänt

Har man företagit en prövning i enlighet med de två första frågorna och konstaterat att en olovlig värdeöverföring är för handen måste man pröva den tredje frågan, vilka rättsverkningar den olovliga värdeöverföringen får. 17 kap. innehåller två olika sanktioner och anger även deras inbördes prioritet. Den primära sanktionen är *återbäringsskyldighet* och den sekundära är *bristtäckningsansvar*.⁴³

³⁹ Prop. 2004/05:85, s. 377.

⁴⁰ Skog, 2011, s. 85.

⁴¹ 17 kap. 3 § första stycket andra meningen.

⁴² Framställningen bortser i det följande från denna koncernregel. Med försiktighetsregeln avses fortsättningsvis sålunda enbart 17 kap. 3 § andra stycket.

⁴³ 17 kap. 6 och 7 §§.

Det är en intressant fråga huruvida andra aktiebolagsrättsliga sanktioner kan komma ifråga i samband med en olovlig värdeöverföring. Enligt rättspraxis ska sanktionerna i 17 kap. ses som exklusiva under förutsättning att olovlig värdeöverföring är den enda grunden.⁴⁴ Detta innebär att om ingen ytterligare grund görs gällande är återbäringsskyldighet respektive bristtäckningsansvar de enda påföljderna vid olovlig värdeöverföring enligt ABL.

Rätten att göra gällande sanktionerna tillkommer enbart bolaget eller dess rättsinnehavare. Sanktionsfrågan aktualiseras vanligtvis först när bolaget försatts i konkurs.⁴⁵ Som företrädare för konkursboet kan konkursförvaltaren väcka talan om återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar.⁴⁶ För enskilda aktieägare eller borgenärer som lidit skada av en olovlig värdeöverföring är det dock möjligt att väcka skadeståndstalan gentemot bolagsledningen eller aktieägarna i enlighet med 29 kap.⁴⁷

3.6.2 Återbäringsskyldighet

Enligt 17 kap. 6 § ska mottagaren av en olovlig värdeöverföring återbära vad han eller hon uppburit. Med mottagare förstås förstahandsmottagare eller den som utifrån omständigheterna bör jämföras med en sådan.⁴⁸ Mottagare i senare led kan istället komma att omfattas av bristtäckningsansvar i enlighet med 17 kap. 7 § tredje stycket.⁴⁹ Återbäringsskyldighet kan göras gällande oavsett om värdeöverföringen är olovlig för att den strider mot formföreskrifterna eller borgenärsskyddet.⁵⁰ Vem mottagaren är har ingen betydelse för tillämpningen.⁵¹ Däremot kan det vara helt avgörande vilken subjektiv inställning mottagaren hade beträffande värdeöverföringen. Således stadgas att återbäringsskyldighet vid *öppna* olovliga värdeöverföringar förutsätter att bolaget kan visa att mottagaren insåg eller bort inse att värdeöverföringen stred mot ABL. Beträffande *förtäckta* olovliga värdeöverföringar måste bolaget visa att mottagaren insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget.

3.6.3 Bristtäckningsansvar

För det fall mottagaren saknar betalningsförmåga eller varit i god tro och det därför uppstår en brist i återbäringen är de personer som medverkat till beslutet om värdeöverföringen ansvariga för bristen. Detsamma gäller även

⁴⁴ Se NJA 1997 s. 418, NJA 1999 s. 426 och NJA 2005 s. 608.

⁴⁵ Andersson, 1995, s. 647.

⁴⁶ Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 6 §, 4 och 17 kap. 7 §, 1.

⁴⁷ Bergström & Samuelsson, 2012, s. 213 och Nerep, 1994, s. 398.

⁴⁸ NJA 1997 s. 418.

⁴⁹ Prop. 2004/05:85, s. 758.

⁵⁰ Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 6 §, 1.

⁵¹ Löfgren m.fl., 2012, s. 85.

de som har medverkat till verkställandet av beslutet eller till upprättandet eller fastställandet av en oriktig balansräkning som har legat till grund för beslutet om värdeöverföringen. Som angetts tidigare stadgar 17 kap. 7 § även att andrahandsmottagare kan träffas av bristtäckningsansvar.

Men inte heller bristtäckningsansvaret är absolut. Det förutsätts *uppsåt* eller *oaktsamhet* för att styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, lekmannarevisor eller särskild granskningsman ska kunna hållas ansvarig. Vad avser aktieägare och utomstående är rekvisiten för ansvar snävare då det förutsätts *uppsåt* eller *grov oaktsamhet*. Starkast skydd åtnjuter andrahandsmottagare som måste ha haft *vetskap* om att det mottagna härrör från en olovlig värdeöverföring för att de ska kunna hållas ansvariga för eventuella brister i återbäringen.

HD har i rättspraxis fastslagit att bristtäckningsansvaret, till skillnad från återbäringsskyldigheten, vilar på skadeståndsrättslig grund.⁵² Trots detta förutsätter bristtäckningsansvar inte att bolaget lidit någon faktisk skada. Det är fullt tillräckligt att det uppstått en brist i återbäringen.⁵³ Däremot omfattas bristtäckningsansvaret genom en hänvisning i 17 kap. 7 § av skadeståndsbestämmelserna om *jämkning* respektive *solidariskt ansvar* i 29 kap. 5 och 6 §§.

3.7 Andra restriktioner

Efter en översiktlig redogörelse för 17 kap. bör erinras om att värdeöverföringsreglerna inte existerar i ett rättsligt vakuum. Genom sitt syfte att skydda såväl aktieägarnas som borgenärernas intressen får 17 kap. nära funktionella samband med andra bestämmelser med samma syften, både i och utanför ABL.

Vad gäller aktieägarperspektivet måste *likhetsprincipen* i 4 kap. 1 § alltid beaktas vid vinstutdelning. Likhetsprincipen innebär då att varje aktie inom samma aktieklass berättigar till ett lika stort belopp som alla andra aktier i samma klass och principen gäller oavsett om utdelningen är öppen eller förtäckt.⁵⁴ I fråga om värdeöverföringar till utomstående skyddas aktieägarminoriteten dels av *vinstsyftet* i 3 kap. 3 §, som förbjuder rättshandlingar som är uppenbart främmande för bolagets syfte, samt dels av *generalklausulerna* i 7 kap. 47 § och 8 kap. 41 § som förbjuder beslut och rättshandlingar som är ägnade att ge en otillbörlig fördel åt aktieägare eller utomstående till nackdel för bolaget eller någon aktieägare. Precis som för övriga aktieägar skyddsregler gäller emellertid att de angivna reglerna kan frångås genom samtyckesbehörigheten.

⁵² NJA 1997 s. 418.

⁵³ Andersson, 2010, s. 240 och Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 7 §, 7.8.

⁵⁴ Andersson, 2010, s. 149.

När det gäller borgenärspektivet kompletteras kapitalskyddet i 17 kap., som tidigare konstaterats, av reglerna om *tvångslikvidation* i 25 kap. och av *straffstadganden* i 11 kap. BrB. Härutöver är *återvinningsreglerna* i 4 kap. KonkL av stor betydelse för bolagets borgenärer. I och med att lovligheten i en värdeöverföring i regel ifrågasätts först när bolaget försatts i konkurs företräds bolaget normalt vid denna tidpunkt av en konkursförvaltare som har att tillgodose borgenärskollektivets intressen.⁵⁵ Konkursförvaltaren kan då angripa en värdeöverföring och försöka återföra värde till bolaget med stöd av antingen 17 kap. ABL eller 4 kap. KonkL. I ett sådant val vinner ofta 17 kap. fördel genom sina generösa tidsfrister. Utgångspunkten är att en fordran på grund av återbäringsskyldighet eller bristtäckningsansvar preskriberas först efter 10 år i enlighet med den allmänna preskriptionstiden. Krav om återbäring av sakvärden preskriberas över huvud taget aldrig.⁵⁶

Fortsättningsvis kommer framställningen att bortse från dessa angränsande regelsystem. Det som behandlas är uteslutande värdeöverföringsreglerna i 17 kap.

⁵⁵ 1 kap. 1 och 3 §§ KonkL.

⁵⁶ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 6 §, 6.12.

4 Rent affärsmässig transaktion

4.1 Allmänt

Överlåtelse av egendom till aktieägare eller närstående som sker till underpris är ett exempel på förtäckt värdeöverföring.⁵⁷ Rent affärsmässiga transaktioner utgör däremot inte någon värdeöverföring i lagens mening.⁵⁸ En viktig fråga för aktieägare i fåmansbolag som står i begrepp att företa en överlåtelse av egendom till ett närståendebolag är därför var gränsen mellan en rent affärsmässig transaktion och en förtäckt värdeöverföring går. För att kunna avgöra detta måste man företa en prövning gentemot de rekvisit som anges i 17 kap. 1 § första stycket fjärde punkten. Man måste således pröva om det föreligger en (i) annan affärshändelse, som (ii) innebär en förmögenhetsminskning för bolaget och som (iii) inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.

4.2 Annan affärshändelse

Det första steget är att avgöra om en närståendetransaktion utgör en sådan *annan affärshändelse* som avses i 17 kap. 1 § första stycket fjärde punkten. Uttrycket ”annan affärshändelse” innefattar alla affärshändelser som inte träffas av 17 kap. 1 § första till tredje punkterna.⁵⁹ Beträffande innebörden av affärshändelse hänvisar förarbetena till legaldefinitionen i BFL. Med affärshändelse avses sålunda alla förändringar i storleken och sammansättningen av bolagets förmögenhet som beror på företagets ekonomiska relationer med omvärlden, såsom in- och utbetalningar, uppkomsten av fordringar eller skulder samt egna tillskott till och uttag ur verksamheten av pengar, varor eller annat.⁶⁰ Det vida begreppet syftar till att inledningsvis fånga in alla transaktioner bolaget företar med omvärlden och uttrycket ”annan affärshändelse” skulle i praktiken lika gärna kunna ersättas med ”annan rättshandling”.⁶¹

4.3 Förmögenhetsminskning

4.3.1 Värdeskillnaden och dess storlek

Nästa steg är att avgöra huruvida närståendetransaktionen innebär en *förmögenhetsminskning* för bolaget. Medför transaktionen att bolagets

⁵⁷ Andersson, 2010, s. 101 f., Lehrberg, SvJT 2012, s. 547, Lindskog, 1995, s. 45 och prop. 2004/05:85, s. 747.

⁵⁸ Nerep, 1994, s. 59.

⁵⁹ Andersson, 2010, s. 92.

⁶⁰ 1 kap. 2 § första stycket sjätte punkten BFL.

⁶¹ Andersson, 2010, s. 93.

förmögenhet förblir oförändrad, alternativt ökar, föreligger ingen förtäckt värdeöverföring.⁶² En viktig fråga är hur stor *värdeskillnad* mellan bolagets och närståendebolagets prestationer som erfordras för att det över huvud taget ska kunna röra sig om en förtäckt värdeöverföring. Ytterst torde det bli fråga om en intresseavvägning mellan bolagets rätt till utrymme för mindre kloka affärer och risktaganden samt borgenärernas intresse av att varje förmögenhetsminskande rättshandling fångas upp av värdeöverföringsbegreppet.⁶³ ABL ger emellertid ingen vägledning i frågan. Förarbetena berör inte frågan specifikt utan hänvisar endast till att bedömningen får avgöras enligt allmänna principer.⁶⁴ Vilka dessa är anges dock inte. HD har inte företagit något tydligt principiellt ställningstagande i frågan om vad som utgör en värdeöverföring i den betydelse som avses i 17 kap. 1 § första stycket fjärde punkten.⁶⁵

I äldre aktiebolagsrättsliga förarbeten har frågan om vilken storlek en eventuell värdeskillnad måste ha för att en transaktion ska utgöra en förtäckt värdeöverföring berörts. I SOU 1942:2 anförs följande:

Vinstutdelning kan även tillföras aktieägarna under sken av köp eller andra affärstransaktioner t.ex. genom lån av aktieägare till bolaget mot onormalt hög ränta. Om bolaget av sina aktieägare köper till *uppenbart* överpris eller till dem säljer för *uppenbart* underpris (min kursivering), kan den däri liggande förmögenhetsförskjutningen vara att bedöma som förtäckt vinstutdelning.⁶⁶

Utgångspunkten synes vara att det måste röra sig om ett *uppenbart missförhållande* mellan parternas prestationer. Denna utgångspunkt vinner visst stöd i äldre rättspraxis på området. HD har i ett mål där frågan var om en såsom arvode betecknad utbetalning till bolagets verkställande direktör i verkligheten utgjorde en obehörig utdelning, antytt att det krävs ett *väsentligt missförhållande* mellan parternas prestationer.⁶⁷

I den äldre litteraturen finner man flera förespråkare för ett uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisit. En sådan förespråkare är Nial som menar att aktieägarna kan besluta om förtäckta värdeöverföringar i form av försäljning av bolagets egendom till *uppenbart* underpris eller inköp av egendom till *uppenbart* överpris, såvida inte borgenärsskyddsreglerna överträds.⁶⁸

Ytterligare en uppenbarhetsföreträdare är Danielsson. Danielsson anser att det inte får vara för enkelt att kringgå värdeöverföringsreglerna genom att klä en värdeöverföring i formen av en *onerös rättshandling*. Trots det anser han att det aldrig kan bli fråga om någon noggrann avvägning mellan prestation och motprestation när man har att bedöma huruvida värdeöverföringsreglerna kränkts genom att bolaget avhänts egendom utan

⁶² Prop. 2004/05:85, s. 747.

⁶³ Jfr Nerep, 1994, s. 72.

⁶⁴ Prop. 2004/05:85, s. 747.

⁶⁵ Andersson, 2010, s. 83.

⁶⁶ SOU 1942:2, s. 18, upprepat i SOU 1947:84, s. 61.

⁶⁷ NJA 1920 s. 231.

⁶⁸ Nial, 1947, s. 51 f.

motsvarande vederlag. Istället måste det föreligga ett *uppenbart missförhållande* mellan parternas prestationer. Danielsson grundar denna slutsats på en analog tillämpning av den konkursrättsliga bestämmelse som numer återfinns i 4 kap. 6 § andra stycket KonkL och som inbegriper ett krav på uppenbart missförhållande.⁶⁹ Enligt bestämmelsen ska onerösa rättshandlingar, som innefattar ett uppenbart missförhållande mellan parternas utfästelser, åtminstone delvis likställas med gåva och därmed kunna återvinnas i enlighet med bestämmelsens första stycke.

Även i senare litteratur finner man uppenbarhetsförespråkare. Rodhe anser att man inte kan betrakta varje transaktion som är oförmånlig för bolaget men förmånlig för motparten som en förtäckt värdeöverföring. Tvärtom måste det finnas ett omfattande utrymme för en bolagsledning att göra både dåliga och goda affärer. Enligt Rodhe fordras det därför att det med hänsyn till värdeskillnaden är *uppenbart* att transaktionen innehåller en benefik del för att den ska kunna klassificeras som en värdeöverföring.⁷⁰ Exempel på två andra samtida uppenbarhetsförespråkare är Grosskopf och Sacklén.⁷¹

En som i likhet med Danielsson behandlar en analog tillämpning av 4 kap. 6 § andra stycket KonkL och det däri uppställda väsentlighetsrekvisitet är Nerep. Med hänvisning till att förarbetena saknar närmare vägledning menar Nerep att det är rimligt att ta utgångspunkt i återvinningsreglerna då dessa har samma syfte och ändamål som värdeöverföringsreglernas borgenärsskydd.⁷² En sådan analog tillämpning skulle leda till att värdeskillnaden måste vara väsentlig för att en transaktion ska kunna anses medföra en förmögenhetsminskning.⁷³ I ett försök att närmare definiera vad detta väsentlighetskrav innebär, resonerar Nerep sig fram till att missförhållandet mellan prestationerna åtminstone måste uppgå till mer än tio procent till bolagets nackdel.⁷⁴ Men Nerep anser att en dylik analogi kan underkastas visst tvivel.⁷⁵ Nerep konstaterar att en konsekvens av ett väsentlighetsrekvisit vore att värdefrånhandanden skulle vara oangripbara endast med hänvisning till att värdeskillnaden inte är avsevärd. En sådan ordning skulle vara otillfredsställande ur ett kapitalskyddsperspektiv. Mot denna bakgrund stannar Nerep för åsikten att varje värdeskillnad ska anses utgöra en förmögenhetsminskning i värdeöverföringsbegreppets mening.⁷⁶

Även Lindskog företräder ståndpunkten att det inte uppställs något uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisit. Visserligen anser Lindskog att det torde krävas att värdefrånhandandet är tydligt för att det ska kunna röra sig om en värdeöverföring. Men i direkt anslutning till detta uttalar Lindskog att

⁶⁹ Danielsson, SvJT 1954, s. 577 f.

⁷⁰ Rodhe, 1995, s. 120.

⁷¹ Se Grosskopf, 1989, s. 44 och Sacklén, SvJT 1994, s. 144 not 24.

⁷² Nerep, 1994, s. 62 och 66.

⁷³ Nerep, 1994, s. 66 och Nerep, 2003, s. 397. Jfr dock Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.6 där författarna verkar anse att det är tillräckligt med en beaktansvärd värdeskillnad.

⁷⁴ Nerep, 1994, s. 66.

⁷⁵ Nerep, 1994, s. 68.

⁷⁶ Nerep, 1994, s. 69. Jfr Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.5.2.

värdeskillnadens storlek inte bör ha någon betydelse i frågan om huruvida en värdeöverföring föreligger.⁷⁷

Andersson ansluter sig till Nereps och Linskogs uppfattning och förespråkar en ordning där man genom en *strikt objektiv bedömning* ska avgöra huruvida en transaktion innefattar en förmögenhetsminskning. Med en strikt objektiv bedömning förstås, enligt Andersson, att varje transaktion där värdet av bolagets prestation överstiger värdet av motpartens prestation ska anses innefatta en förmögenhetsminskning för bolaget.⁷⁸ Det behöver med andra ord inte röra sig om någon uppenbar eller väsentlig värdeskillnad utan varje värdeskillnad till bolagets nackdel utgör en förmögenhetsminskning.

Andersson anser sig ha stöd för sin uppfattning i rättspraxis.⁷⁹ Primärt anförs NJA 1962 s. 461 där frågan i målet var om en rätt för aktieägare att teckna sig för köp av aktier i ett annat bolag till ett pris som understeg marknadsvärdet, var att hänföra till avkastning i det i målet aktuella testamentets mening. HD:s majoritet angav i sitt domskäl att en värdeöverföring som består av att aktieägare från bolaget förvärvar tillgångar till ett vederlag understigande marknadsvärdet i regel ska anses innefatta en förtäckt utdelning. Andersson finner det rimligt att anta att denna huvudregel är tillämplig på samtliga typer av värdeöverföringar mellan bolag och dess aktieägare.⁸⁰ Enligt Andersson är denna slutsats väl förenlig med rättspraxis som rör förtäckta värdeöverföring i form av penninglån och pant.⁸¹

Vidare åberopar Andersson borgenärsskyddet till stöd för sin uppfattning. Vid tillämpande av ett uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisit skulle aktieägare kunna kringgå värdeöverföringsbegreppet enbart genom att se till att värdeskillnaden vare sig är uppenbar eller väsentlig. Därmed anser Andersson att en strikt objektiv bedömning motverkar att bolag töms på värden i det fördolda.⁸²

Även Andersson påpekar att återvinningsreglernas och värdeöverföringsreglernas gemensamma borgenärsskyddssyfte, ur ett logiskt och systematiskt synsätt, kan motivera en analog tillämpning av uppenbarhetsrekvisitet i 4 kap. 6 § andra stycket KonkL.⁸³ Dock anser Andersson att det föreligger en väsentlig skillnad mellan återvinningsreglerna och värdeöverföringsreglerna som förhindrar dylika analogier. Enligt Anderssons mening bygger de två regelsystemen inte på samma ändamålsöverväganden. Återvinningsreglerna ska kunna tillämpas på avtal mellan bolaget och vilken motpart som helst. En aktieägare utgör i

⁷⁷ Linskog, 1995, s. 43.

⁷⁸ Andersson, 1995, s. 394 och 405.

⁷⁹ Andersson, 1995, s. 399 ff.

⁸⁰ Andersson, 1995, s. 400 ff.

⁸¹ Andersson, 1995, s. 400 ff.

⁸² Andersson, 1995, s. 406 f.

⁸³ Andersson, 1995, s. 407 f.

regel inte vilken motpart som helst. Med undantag för aktieägare med mindre innehav i börsnoterade bolag är aktieägare normalt närstående till bolaget i den bemärkelsen att de har inflytande i det och kan påverka dess förvaltning. Aktieägare kan således i regel inte betraktas som utomstående i förhållande till bolaget. Denna omständighet gör att de ändamålsöverväganden som ligger bakom återvinningsreglerna inte kan appliceras på värdeöverföringsreglerna när de tillämpas på transaktioner mellan bolaget och dess aktieägare eller närstående.⁸⁴ Däremot föreligger inget hinder mot en analog tillämpning av 4 kap. 6 § andra stycket KonKL när bolagets motpart är en utomstående eller en aktieägare utan faktiskt inflytande.⁸⁵

Något som förenar alla ståndpunkter i frågan är att samtliga är överens om att det enbart är värdedifferensen mellan parternas prestationer som kan komma att anses utgöra en förtäckt värdeöverföring. Den del av bolagets prestation som motsvaras av ett vederlag kan däremot aldrig utgöra någon värdeöverföring.⁸⁶

4.3.2 Värderingsfrågan

Från frågan om hur stor värdeskillnad en förmögenhetsminskning förutsätter måste skiljas frågan om hur parternas prestationer ska värderas. Vid överlåtelse av egendom till närståendebolag torde närståendebolagets prestation i regel utgöras av en penningprestation i form av en köpeskilling. Värdet på en sådan prestation låter sig i regel fastställas utan problem. Svårare är det med den egendom som utgör fåmansbolagets prestation.

Vilket värde ska man utgå från när man har att värdera egendom i samband med gränsdragningsprövningen, *det bokförda värdet* eller *marknadsvärdet*? Som angetts ovan föregicks nuvarande 17 kap. ABL av 12 kap. ABL 75. En av de terminologiska skillnaderna mellan regleringarna är att ABL 75 använder begreppet ”vinstutdelning” istället för värdeöverföring. I rättsfallet NJA 1995 s. 742 aktualiserades frågan om en fastighetsförsäljning som skett till bokfört värde utgjorde en olovlig förtäckt vinstutdelning.⁸⁷ Käranden i målet, ett konkursbo, gjorde gällande att man vid tillämpningen av täckningsprincipen i 12 kap. 2 § första stycket ABL 75 skulle utgå från fastighetens marknadsvärde och inte det lägre bokförda värdet. HD kom fram till att den så kallade *nettometoden*⁸⁸ skulle tillämpas. I sin kommentar av rättsfallet anför Nerep att det av HD:s beskrivning av nettometoden av nödvändighet följer, att det aldrig kan föreligga någon förtäckt värdeöverföring om vederlaget uppgår till egendomens bokförda värde. Att marknadsvärdet väsentligt överstiger det bokförda värdet saknar härvidlag betydelse.⁸⁹

⁸⁴ Andersson, 1995, s. 409 f.

⁸⁵ Andersson, 2010, s. 89.

⁸⁶ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.6.

⁸⁷ Rättsfallet behandlas närmare under 5.3.1.3.

⁸⁸ Nettometoden behandlas närmare under 5.3.1.

⁸⁹ Nerep, 2003, s. 400 ff.

Rättsfallet indikerar enligt Nereps argumentation att det är det bokförda värdet man ska utgå från när man har att avgöra huruvida en förmögenhetsminskning föreligger.⁹⁰ Men lagstiftaren är av en annan uppfattning i förarbetena till ABL. Däri anges:

Huruvida transaktionen medför en förmögenhetsminskning får avgöras enligt allmänna principer. Vilka effekter den får på bolagets redovisning har alltså ingen avgörande betydelse. Avhändelse av bolagets egendom till ett pris som motsvarar bokfört värde kan mycket väl utgöra en värdeöverföring, om egendomens marknadsvärde överstiger det bokförda värdet.⁹¹

Uttalandet måste tolkas som att lagstiftaren anser att rättspraxis i form av NJA 1995 s. 742 är överspelat. Det ska med andra ord röra sig om en *faktisk förmögenhetsminskning* och inte en balansmässig. Därmed ska man numer utgå från egendomens faktiska värde, det vill säga dess marknadsvärde. Denna uppfattning delas av litteraturen på området och även av äldre rättspraxis.⁹²

Nästa fråga blir då hur marknadsvärdet av den aktuella egendomen ska fastställas. Relevant aktiebolagsrättslig rättspraxis saknas på området.⁹³ Men trots att frågan inte har blivit föremål för någon större rättsvetenskaplig diskussion har den ändå behandlats på ett fåtal ställen i litteraturen, framför allt av Andersson.⁹⁴ Egendoms marknadsvärde kan beskrivas som vad som erhålls i vederlag för egendomen i en transaktion mellan oberoende och informerade parter, det vill säga vid en transaktion som skett på armlängds avstånd.⁹⁵ Värderingsfrågan är problematisk eftersom den inte kan ges något enhetlig svar utan torde bli beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.⁹⁶

I sin analys av värderingsfrågan skiljer Andersson mellan två olika situationer: (i) det finns en fungerande marknad för den aktuella egendomen och egendomen kan åsättas ett tämligen exakt marknadsvärde, samt (ii) det saknas en fungerande marknad för den aktuella egendomen och marknadsvärdet kan endast uppskattas.⁹⁷

Vidare delar Andersson in egendom i omsättnings- eller anläggningstillgångar.⁹⁸ Med *anläggningstillgång* avses enligt 4 kap. 1 § BFL egendom som är avsedd att stadigvarande brukas eller innehas i

⁹⁰ Nerep, 2003, s. 396 ff.

⁹¹ Prop. 2004/05:85, s. 747.

⁹² Se Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.5.2 och Andersson, 2010, s. 94.

⁹³ Posselius m.fl., 2000, s. 35.

⁹⁴ Se Andersson, 1995, s. 421 och 432 ff., Andersson, 2010, s. 94 och 101 ff., Lindskog, SvJT 1992, s. 84, Posselius m.fl., 2000, s. 35 f. och NJA 1962 s. 461 (som kommenterats under 4.3.1).

⁹⁵ Lindskog, SvJT 1992, s. 84.

⁹⁶ Andersson, 2010, s. 102.

⁹⁷ Andersson, 1995, s. 433.

⁹⁸ Andersson, 1995, s. 433.

verksamheten. All egendom som inte är anläggningstillgångar är *omsättningstillgångar*. Marknadsvärdet för omsättningstillgångar som normalt avyttras inom ramarna för bolagets verksamhet är förhållandevis enkelt att fastställa vid närståendetransaktioner eftersom det utgörs av bolagets allmänna försäljningspris avseende den aktuella omsättningstillgången.⁹⁹ Att det förhåller sig så motiverar Andersson med att värderingen beträffande sådana tillgångar måste vara konsekvent även vid närståendetransaktioner.¹⁰⁰ En sådan värdering tillgodoser även borgenärsskyddet som innefattar ett krav om att bolaget ska försättas i samma situation som om omsättningstillgången hade avyttrats inom ramen för verksamheten.¹⁰¹

Beträffande anläggningstillgångar och omsättningstillgångar som normalt inte avyttras i bolagets verksamhet men som det ändå finns en fungerande marknad för bör värdet enligt Andersson fastställas till värdet på marknaden. Dock kan särskilda skäl, till exempel kraftig värdeminskning, motivera ett lägre värde. Saknas det en fungerande marknad ska värdet istället fastställas genom ett hypotetiskt prov där man utgår från det belopp som en försäljning till utomstående på armlängds avstånd av den aktuella egendomen skulle kunna inbringa. Återstår inget annat alternativ får man låta en värderingsman värdera den aktuella egendomen.¹⁰²

Både hypotetiska prov och värderingsutlåtanden från värderingsmän kan bara leda till en uppskattning av marknadsvärdet i form av ett intervall. I sådana situationer infinner sig frågan vilket värde i intervallet man bör använda sig av. Borgenärs- och aktieägarskyddet talar för att egendomen ska värderas till det belopp som en försäljning av samma eller liknande egendom till utomstående skulle ha inbringat. Men samtliga värden inom intervallet svarar mot denna princip som därmed inte kan avgöra frågan.¹⁰³

Med hänsyn till att två av ABL:s övergripande ändamål är att underlätta näringsverksamhet samt att främja omsättningen av varor och tjänster anser Andersson att ABL inte får förhindra affärer mellan bolaget och aktieägare eller närstående. Av denna anledning måste aktieägare och närstående, såtillvida de agerar som utomstående, så långt möjligt ges samma förhandlingsutrymme som övriga marknadsaktörer. Enligt Andersson motiverar detta omsättningsskydd att man begagnar sig av det lägsta värdet i intervallet. Visserligen är en sådan värdering ofördelaktig för bolaget men den tillgodoser likväl borgenärs- och aktieägarskyddet i tillräcklig grad eftersom den inte är sämre än vad som förekommer på marknaden i övrigt.¹⁰⁴ Till detta kommer att omsättningsskyddet och bolagets utrymme

⁹⁹ Andersson, 2010, s. 102.

¹⁰⁰ Andersson, 1995, s. 433.

¹⁰¹ Andersson, 1995, s. 434.

¹⁰² Andersson, 2010, s. 102.

¹⁰³ Andersson, 1995, s. 435 f.

¹⁰⁴ Andersson, 1995, s. 436 f.

för affärsmässiga överväganden rent allmänt torde motivera viss försiktighet vid värdering av egendom i samband med närståendetransaktioner.¹⁰⁵

Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén anför att viss ledning kan stå att finna i skatterättslig praxis som behandlar fastställandet av värdet på egendom som överlåtit till aktieägare eller närstående till påstått underpris. Som exempel framhåller de RÅ 1982 1:45.¹⁰⁶

Rättsfallet rörde försäljning av en begagnad bil från ett fåmansbolag till en närstående. Frågan var om överlåtelsen hade skett till underpris då vederlaget hade uppgått till 18 000 kronor. Regeringsrätten fastslog att marknadsvärdet borde beräknas efter ortens pris och till det belopp som bolaget skulle ha erhållit vid försäljning av bilen till utomstående. I brist på sådan utredning fastställde domstolen marknadsvärdet till 20 000 kronor med stöd av en riksomfattande prognoslista från Motorbranschens Riksförbund. Domstolen påpekade dock att hänsyn måste tas till bilens skick och till lokala förhållanden. Men då någon sådan utredning inte presenterats i målet ansåg domstolen att det erlagda vederlaget skulle anses motsvara marknadsvärdet.

Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén framhåller emellertid att de i civilmål strängare beviskraven beträffande egendomens värde talar mot att skatterättslig praxis kan vara vägledande i aktiebolagsrättsliga sammanhang.¹⁰⁷

4.4 Avsaknad av rent affärsmässig karaktär

4.4.1 Allmänt

Om det kan konstateras att en transaktion medför en förmögenhetsminskning för bolaget ställs man inför det sista steget i gränsdragningsprövningen. Detta sista steg består av att man måste avgöra huruvida närståendetransaktionen inte har *rent affärsmässig karaktär för bolaget*.

Leder denna prövning till konstaterandet att det saknas rent affärsmässig karaktär rör det sig om en förtäckt värdeöverföring. Förhåller det sig så att transaktionen till viss del har affärsmässig karaktär kan denna del aldrig anses utgöra en värdeöverföring. Värdeöverföringen består då enbart av den del som saknar rent affärsmässig karaktär.¹⁰⁸ När man istället slutsatsen att

¹⁰⁵ Andersson, 1995 s. 412. Jfr Hovrätten för Västra Sveriges dom 1993-12-16 mål T 616/91, s. 3.

¹⁰⁶ Posselius, m.fl., 2000, s. 35.

¹⁰⁷ Posselius, m.fl., 2000, s. 35.

¹⁰⁸ Andersson, 2010, s. 100.

hela transaktionen har affärsmässig karaktär är det en rent affärsmässig transaktion, oavsett eventuell påvisad förmögenhetsminskning.¹⁰⁹

4.4.2 Objektiva faktorer

Med avsaknad av rent affärsmässig karaktär förstås att transaktionen helt eller delvis saknar affärsmässigt syfte.¹¹⁰ Enligt förarbetena ska frågan avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Man ska främst ta hänsyn till *objektivt iakttagbara faktorer* kring transaktionen. Särskild betydelse ska tillmätas värdeskillnaden mellan parternas prestationer. Förhållandet att transaktionen är oförmånlig för bolaget och förmånlig för motparten medför inte i sig att det rör sig om en värdeöverföring. Dåliga affärer är således tänkta att falla utanför värdeöverföringsbegreppet och därigenom hela 17 kap.

En annan omständighet av stor betydelse är om transaktionen framstår som förenlig med bolagets normala verksamhet. Transaktioner som utgör ett normalt led i verksamheten får anses ha affärsmässig karaktär. Av stor betydelse är vidare motpartens relation till bolaget och därmed vilken formell ställning eller vilket faktiskt inflytande motparten har i bolaget. Förarbetena konkretiserar detta genom att ange att i fall av transaktion mellan en aktieägare i ett fåmansbolag och fåmansbolaget torde redan en liten värdeskillnad ge skäl att betrakta transaktionen som en värdeöverföring. Detta eftersom det i sådana situationer typiskt sett finns anledning att anta att syftet med transaktionen är att gynna aktieägaren. En motsvarande transaktion mellan bolaget och en utomstående skulle däremot kunna innefatta en större värdeskillnad utan att därmed ses som en värdeöverföring.¹¹¹

Som framgått ovan saknas det vägledande avgöranden från HD på området. Men prövningen av huruvida en förtäckt värdeöverföring föreligger har aktualiserats i ett fåtal hovrättsavgöranden.¹¹² Gemensamt för dessa är att domstolarna i sina resonemang kring värdeöverföringsbegreppet uteslutande fäster vikt vid sådana objektiva iakttagbara faktorer som nämns i förarbetena.

4.4.3 Frågan om subjektiva faktorer

En omtvistad fråga inom den aktiebolagsrättsliga litteraturen är om bedömningen av affärsmässighet enbart ska avgöras utifrån de under 4.4.2 angivna objektiva faktorerna eller om avgörande vikt istället ska fästas vid *subjektiva faktorer*. Den grundläggande problematiken i sammanhanget består av att de faktiska omständigheterna kring en förmögenhetsminskning kan vara identiska oavsett om minskningen beror på en dålig affär eller en

¹⁰⁹ Jfr Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 1 §, 1.5.3.

¹¹⁰ Andersson, 2010, s. 99.

¹¹¹ Prop. 2004/05:85, s. 748.

¹¹² Svea hovrätts dom 2012-03-12 mål nr T 3684-11, Svea hovrätts dom 2012-09-26 mål nr T 7739-11 och Svea hovrätts dom 2012-12-07 mål nr T 1325-12.

olovlig förtäckt värdeöverföring. Frågan uppstår därför om man bör beakta subjektiva faktorer för att därigenom försäkra sig om att dåliga affärer inte träffas av värdeöverföringsbegreppet.¹¹³ Den rättsvetenskapliga debatten på området har framför allt kommit att handla om huruvida det krävs en viss subjektiv inställning hos bolagets ställföreträdare för att affärsmässighet inte ska anses föreligga. Härvidlag görs stundom vissa nyansskillnader i det att det kan fordras att ställföreträdarna antingen var *medvetna om värdeskillnaden* (uppsåt), *måste ha insett värdeskillnaden* (grov oaktsamhet) eller enbart *bort inse värdeskillnaden* (oaktsamhet).¹¹⁴

Som redan konstaterats är utgångspunkten enligt förarbetena att affärsmässighetsfrågan främst ska avgöras med stöd av objektivt iakttagbara faktorer. Lagstiftaren gick till och med så långt att man avfärdade ett av Lagrådet framlagt ändringsförslag avseende lydelsen av 17 kap. 1 § första stycket fjärde punkten. Avfärdandet motiverades med att den föreslagna lydelsen kunde ge intryck av att frågan om huruvida en transaktion utgör en värdeöverföring väsentligen ska avgöras med hänsyn till subjektiva faktorer.¹¹⁵ Uttrycket ”väsentligen” i motiveringen ger dock intrycket av att det lämnas visst utrymme åt subjektiva faktorer i bedömningen.¹¹⁶ Härutöver innehåller förarbetena följande uttalande:

Enligt vår mening talar övervägande skäl för den lösning som kommittén har förordat, nämligen att frågan i första hand bör avgöras utifrån objektivt iakttagbara kriterier, främst förekommande värdediskrepans mellan parternas prestationer. Det blir då lättare att i det enskilda fallet avgöra om det är fråga om en värdeöverföring eller inte. Att enbart fästa avseende vid förhållandet mellan parternas prestationer skulle emellertid föra för långt. Ett avtal mellan å ena sidan bolaget och å andra sidan en aktieägare eller någon utomstående, ingånget i *god tro* (min kursivering), bör inte anses som en värdeöverföring – med de effekter som detta kan få för de involverade – enbart därför att det visar sig att bolaget har gjort en dålig affär. Hänsyn måste också kunna tas till värdediskrepansens storlek och avtalets karaktär liksom till mottagarens relationer till och insyn i bolaget. Hur dessa och andra omständigheter skall vägas mot varandra är emellertid en fråga som inte lämpar sig för reglering i lag utan som bör överlämnas till rättspraxis.¹¹⁷

Lagstiftaren talar här om avtal ingångna i *god tro* varmed det får antas att utgången, åtminstone under vissa omständigheter, skulle kunna bli en annan om avtalet ingåtts i *ond tro*, det vill säga om bolagets ställföreträdare ämnat gynna motparten genom transaktionen. Mot bakgrund av dessa två förarbetsuttalanden torde man kunna dra slutsatsen att lagstiftaren åtminstone inte helt fränkänner subjektiva faktorer betydelse för bedömningen.¹¹⁸

Lindskog förespråkar att man vid affärsmässighetsbedömningen ska fästa avgörande vikt vid ställföreträdarnas avsikt med transaktionen.¹¹⁹ Han

¹¹³ Jfr Lehrberg, SvJT 2012, s. 549 och 568.

¹¹⁴ Andersson, 2010, s. 84.

¹¹⁵ Prop. 2004/05:85, s. 372.

¹¹⁶ Lehrberg, SvJT 2012, s. 557.

¹¹⁷ Prop. 2004/05:85, s. 372.

¹¹⁸ Lehrberg, SvJT 2012, s. 556.

¹¹⁹ Lindskog, SvJT 1992, s. 85 not 6.

använder sig inte av uttrycket värdeöverföring utan talar istället om ”kapitalanvändning”. För att beskriva olovliga dispositioner med bolagets egendom använder Linskog begreppet *olovlig kapitalanvändning*. Med detta avses värdefrånhandanden som sker genom icke kommersiellt syftande dispositioner i strid med 12 kap. 2 § ABL 75 (som idag närmast motsvaras av 17 kap. 3 § ABL).¹²⁰

Linskog definierar begreppet kapitalanvändning som ”varje bolags beslut om en disposition som innebär ett värdefrånhandande, om detta har varit uppsåtligt”.¹²¹ Kravet på uppsåtlighet innebär att värdefrånhandandet måste vara *medvetet* och inte nödvändigt för att kvalificera som kapitalanvändning. Linskog menar att detta även kan uttryckas som så att varje disposition som (i) innebär en förmögenhetsminskning för bolaget och där (ii) förmögenhetsminskningen sker medvetet utgör en kapitalanvändning. Dispositioner som uppfyller dessa kriterier beskriver Linskog som icke affärsmässigt betingade.¹²²

Vad gäller *culpösa värdefrånhandanden*, med vilka dåliga affärer och andra oavsiktliga värdefrånhandanden likställs, anser Linskog att de inte omfattas av kapitalanvändningsbegreppet.¹²³ Linskogs ståndpunkt innebär sammanfattningsvis att enbart dispositioner som syftar till ett värdefrånhandande utgör en kapitalanvändning. Som typexempel på kapitalanvändning framhåller Linskog försäljning av egendom till underpris där värdeskillnaden är klar för alla berörda.¹²⁴

En som synes dela Linskogs uppfattning är Sandström. Enligt Sandströms förmenande förutsätter affärsmässighetskravet att bolagets ställföreträdare önskat åstadkomma en benefik rättshandling. Med andra ord kan enbart transaktioner där ställföreträdarna *medvetet* avstått från det värde förmögenhetsminskningen motsvarar utgöra värdeöverföringar. Att det förhåller sig på detta sätt motiverar Sandström med att det annars inte går att ta ställning till huruvida en viss transaktion är betingad av bolagets vinstsyfte. Ytterst är det nämligen fråga om att som värdeöverföringar betrakta transaktioner som inte betingas av vinstsyftet.¹²⁵

I ett senare inlägg i debatten kritiserar Lehrberg lagstiftarens lösning med objektivt iakttagbara faktorer som intetsägande och oanvändbar. Lehrberg har svårt att se hur affärsmässighetsrekvisitet över huvud taget ”skulle kunna få ett meningsfullt innehåll – det vill säga betyda någonting i sig självt och inte bara till följd av uttalanden i olika rättskällor om hur det ska tillämpas – om rekvisitet inte uppfattas som subjektivt”.¹²⁶ Mot bakgrund av detta förespråkar Lehrberg att en *i grunden subjektiv norm* som utgår från

¹²⁰ Linskog, SvJT 1992, s. 83 f.

¹²¹ Linskog, 1995, s. 41.

¹²² Linskog, 1995, s. 42.

¹²³ Linskog, JT 1992/93, s. 84 not 14 och Linskog, 1995, s. 43.

¹²⁴ Linskog, 1995, s. 43.

¹²⁵ Sandström, 2012, s. 304.

¹²⁶ Lehrberg, SvJT 2012, s. 560.

syftet med den aktuella transaktionen tillämpas, dock efter viss *objektivering*. Denna objektivering består av att man istället för ställföreträdarnas personliga syften utgår från bolagets syfte, varmed Lehrbergs uppfattning torde ligga relativt nära Sandströms. Som affärsmässiga transaktioner kvalificeras därmed enbart sådana som inom ramen för en verksamhet gynnar, eller i vart fall avser att gynna, det syfte för vilket bolagets verksamhet bedrivs. Eftersom de flesta bolag drivs med vinstsyfte måste det finnas något för bolaget, och därigenom aktieägarna, att vinna på en transaktion för att den ska anses ha rent affärsmässig karaktär.¹²⁷

Enligt Lehrberg leder en dylik objektivering till att det blir lättare att motivera slutsatser som rent intuitivt framstår som självklara för en objektiv betraktare men framför allt tillför den viss substans till affärsmässighetsrekvisitet.¹²⁸ Det subjektiva rekvisit Lehrberg förespråkar definieras närmare genom att det kopplas till vad som varit bolagets avsikt eller i vart fall dess uppsåt med den ifrågavarande transaktionen. Lehrberg framhåller att det är viktigt att dåliga affärer där bolaget bort inse att affärerna var dåliga, inte uppfyller affärsmässighetsrekvisitet. För att undvika detta måste den subjektiva normen kräva mer än att bolaget bort inse att transaktionen innehöll ett vederlagsfritt moment. Däremot lämnar Lehrberg det öppet för diskussion om andra former av uppsåt än avsikt kan föranleda slutsatsen att en transaktion saknar affärsmässig karaktär för bolaget.¹²⁹

En inte fullt lika strikt syn på ett eventuellt avsiktsrekvisit företräds av Nerep. För att en transaktion ska utgöra en värdeöverföring menar Nerep att det måste kunna visas att den inte varit affärsmässigt betingad och att detta varit ställföreträdarnas *avsikt*.¹³⁰ Detta avsiktsrekvisit finns inbyggt i begreppet ”affärsmässigt betingat” enligt Nerep. Det kan inte objektiveras till att avse hur en transaktion ska bedömas allmänt av oberoende och informerade aktörer. Avsiktsrekvisitet låter sig inte heller objektiveras genom en nyansering mellan att ställföreträdarna insett, måste ha insett, eller bort inse, att transaktionen innebar en förmögenhetsminskning för bolaget.¹³¹ Det som skiljer dåliga affärer från icke affärsmässigt betingade transaktioner är enligt Nerep enbart att de senare inrymmer ”ett visst mått” av avsiktighet hos ställföreträdarna.¹³²

Huruvida det föreligger sådan avsikt kan framgå av objektiva omständigheter i det enskilda fallet. Av de omständigheter Nerep här diskuterar är de flesta hänförliga till de objektiva faktorer som behandlats under 4.4.2. Vad gäller motpartens relation till bolaget anser Nerep att det förhållandet att motparten är *aktieägare*, eller *närstående till aktieägare*, ger

¹²⁷ Lehrberg, SvJT 2012, s. 566.

¹²⁸ Lehrberg, SvJT 2012, s. 568.

¹²⁹ Lehrberg, SvJT 2012, s. 570 f.

¹³⁰ Nerep, 1994, s. 69.

¹³¹ Nerep, 1994, s. 70.

¹³² Nerep, 1994, s. 72.

klart stöd för att förmögenhetsminskningen är avsiktlig. I princip bör varje fastställbar värdeskillnad i aktieägar- eller närståendetransaktioner medföra att transaktionen ses som en värdeöverföring. Principen kan närmast beskrivas som att det anses föreligga en presumtion för förtäckt värdeöverföring vid aktieägar- eller närståendetransaktioner som innehåller en värdeskillnad. I sådana situationer ankommer det således på bolaget att visa att transaktionen trots allt har rent affärsmässig karaktär.¹³³

Ytterligare en framträdande röst är Andersson som vänder sig mot krav på subjektiva faktorer hos bolagets ställföreträdare. Sett utifrån ett aktieägar- och borgenärsskyddsperspektiv bör det enligt Andersson inte uppställas några subjektiva rekvisit i affärsmässighetsbedömningen.¹³⁴ Härtill kommer att ett krav på medvetenhet eller avsikt hos bolagets ställföreträdare snarast skulle uppmuntra förtäckta värdeöverföringar istället för att motverka dem. Även processuella skäl talar enligt Andersson mot en tillämpning av ett subjektivt rekvisit. Den som för talan om rättsverkning i enlighet med 17 kap., det vill säga bolagets konkursbo, torde inte annat än i undantagsfall kunna fullgöra sin bevisbörda om man måste visa att viss subjektiv inställning förelegat hos bolagets ställföreträdare.¹³⁵

Andersson medger emellertid att subjektiva rekvisit främjar omsättningsskyddet som kräver att transaktioner som grundar sig på rent affärsmässiga överväganden varken motverkas eller förhindras av värdeöverföringsreglerna.¹³⁶ Om man enbart avgjorde affärsmässighetsfrågan utifrån strikt objektiva faktorer såsom värdeskillnaden skulle en transaktion som visar sig innehålla ett vederlagfritt moment men som samtidigt uteslutande grundar sig på affärsmässiga överväganden utgöra en värdeöverföring.¹³⁷ Av denna anledning finner Andersson det nödvändigt att avgränsa värdeöverföringsbegreppet utifrån syftet med den enskilda transaktionen. Men Andersson gör gällande att avgränsningen inte ska ske genom ett subjektivt rekvisit hos ställföreträdarna. Det som ska prövas är istället huruvida transaktionen helt eller delvis inte fyller ett affärsmässigt syfte på grundval av en *objektiv helhetsbedömning*. I denna bedömning ska man bland annat beakta vilket motiv som ligger bakom transaktionen och om den har något rimligt samband med bolagets verksamhet.¹³⁸

Att Andersson stannar för denna lösning motiveras med att omsättningsintresset i regel inte är lika skyddsvärt vid transaktioner mellan bolaget och dess aktieägare, i vart fall inte i fåmansbolag. Eftersom aktieägarna i fåmansbolag torde ha stort inflytande och kontroll över verksamheten vore det främmande att uppställa till exempel ett uppsåtskrav. Slutsatsen enligt Andersson är således att en transaktion som efter en

¹³³ Nerep, 1994, s. 74.

¹³⁴ Andersson, 2010, s. 88.

¹³⁵ Andersson, 1995, s. 416 f.

¹³⁶ Andersson, 1995, s. 417 och Andersson, 2010, s. 88.

¹³⁷ Andersson, 1995, s. 417.

¹³⁸ Andersson, 1995, s. 418.

objektiv helhetsbedömning helt eller delvis befinns sakna affärsmässigt syfte utgör en förtäckt värdeöverföring.¹³⁹

Avslutningsvis bör erinras om att den hovrättspraxis som finns på området inte ger något stöd för förekomsten av subjektiva faktorer. Den fäster inte någon avgörande vikt vid vare sig bolagets eller dess ställföreträdarens subjektiva inställning till den ifrågavarande transaktionen.¹⁴⁰

4.5 Avgörande tidpunkt

En särskild fråga är vilken tidpunkt som bör vara avgörande vid prövningen av huruvida en transaktion utgör en förtäckt värdeöverföring. För transaktioner som beslutats av bolagsstämman eller genom aktieägarnas samtyckesbehörighet gäller att prövningen ska utgå från förhållandena vid tidpunkten för beslutet. I andra fall blir tiden för styrelsebeslutet eller, när sådant saknas, den tidpunkt då bolaget förband sig till transaktionen avgörande. Senare inträffade förändringar i prestationernas värde bör inte medföra att en vid besluts- eller avtalstillfället klanderfri transaktion anses utgöra en förtäckt värdeöverföring.¹⁴¹

4.6 Analys

4.6.1 Inledning

Var går då gränsen mellan en rent affärsmässig transaktion och en förtäckt värdeöverföring? Svaret på frågan ligger i den gällande rätten men som visats ovan råder det delade meningar om hur denna ser ut. Besvarandet av frågeställningen måste därför inledas med en ansats att utifrån vad som angetts under avsnitt 4 fastställa vad som utgör gällande rätt i gränsdragningsfrågan.

4.6.2 Rekvisitet affärshändelse

Det första steget i gränsdragningsprövningen är rekvisitet affärshändelse. Att överlåta egendom till ett närståendebolag medför i vart fall en förändring i sammansättningen av bolagets förmögenhet. Under alla omständigheter är det en sådan transaktion med omvärlden som begreppet avser att omfatta. Härav kan man dra slutsatsen att rekvisitet är uppfyllt beträffande en överlåtelse av egendom till ett närståendebolag som ett fåmansbolag avser att genomföra i effektiviserings- och renodlingssyfte.

¹³⁹ Andersson, 2010, s. 88 f.

¹⁴⁰ Se 4.4.2.

¹⁴¹ Prop. 2004/05:85, s. 748.

4.6.3 Rekvisitet förmögenhetsminskning

Det andra steget i gränsdragningsprövningen är rekvisitet förmögenhetsminskning. Vad gäller värdeskillnadens storlek förefaller det finnas två ståndpunkter i litteraturen. Uppenbarhetsståndpunkten anser att värdeskillnaden måste vara uppenbar eller väsentlig till bolagets nackdel för att en förmögenhetsminskning i den betydelse som avses i 17 kap. 1 § första stycket fjärde punkten ska föreligga. Den strikt objektiva ståndpunkten anser att varje faktisk konstaterbar värdeskillnad, oavsett hur liten den är, utgör en förmögenhetsminskning. Härvidlag kan inledningsvis anmärkas att uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisitet har sitt starkaste stöd i äldre rättskällor. I de mer samtida rättskällorna dominerar däremot uppfattningen att förmögenhetsminskningsrekvisitet ska prövas utifrån en strikt objektiv bedömning. Härtill kommer att värdeöverföringsreglerna inte ger något uttryckligt stöd för att ett krav om ett uppenbart missförhållande gäller. Detta talar till den strikt objektiva ståndpunktens fördel.

Ser man istället till vad de två ståndpunkterna grundas på utgår uppenbarhetsståndpunkten dels från ett analogislut av väsentlighetskravet i 4 kap. 6 § andra stycket KonkL och dels från att bolagsledningen måste ges ett omfattande handlingsutrymme för mindre kloka affärsbeslut. Vad gäller möjligheten till analogislut från KonkL anser jag att Anderssons resonemang om skilda ändamålsöverväganden har bäring. Något analogislut är således inte möjligt. Detta särskilt med hänsyn till att framställningen utgår från en närståendetransaktion från ett fåmansbolag. Beträffande utrymmet för dåliga affärer är detta inte primärt avsett att tillgodoses genom förmögenhetsminskningsrekvisitet. Lagstiftaren, som har stöd av många röster i litteraturen, anser att dåliga affärer sorteras bort först genom affärsmässighetsrekvisitet. Den strikt objektiva ståndpunkten framhåller att ett tillämpande av ett uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisit skulle medföra att aktieägare skulle kunna föra ut värden ur bolag genom förtäckta värdeöverföringar utan att riskera rättsverkningar enligt värdeöverföringsreglerna endast därför att värdeskillnaden inte är uppenbar eller väsentlig. En sådan ordning går stick i stäv med borgenärsskyddet och lagstiftarens övriga ambitioner på området. Även detta talar till den strikt objektiva ståndpunktens fördel. Min samlade bedömning är att gällande rätt inte innehåller något uppenbarhets- eller väsentlighetsrekvisit. Istället ska varje faktisk värdeskillnad till bolagets nackdel anses utgöra en förmögenhetsminskning.

Till förmögenhetsminskningsrekvisitet hör även problematiken kring värderingsfrågan. Det står klart att värdering av egendom ska utgå från marknadsvärdet. Hur detta i sin tur ska fastställas bör enligt min mening avgöras med stöd av Anderssons teorier som är väl underbyggda och anpassade till den praktiska verkligheten. Marknadsvärdet blir således beroende av vilket slags egendom det är som överlåts. För egendom som det finns en fungerande marknad för kan man alltid vända sig till marknaden för att få värdet fastställt. Egendom som saknar en fungerande marknad kräver annan form av värdering. Först ska man försöka fastställa marknadsvärdet

genom ett hypotetiskt prov. Därefter ska man undersöka om kraftigt slitage eller andra omständigheter har föranlett en kraftig minskning av egendomens värde. Befinns så vara fallet måste marknadsvärdet justeras nedåt i motsvarande mån. Låter sig värdet inte fastställas med tillräcklig precision genom ett hypotetiskt prov får man istället använda sig av en värderingsman. För det fall en värdering enbart leder fram till en uppskattning i form av ett intervall ska man tillämpa det lägsta värdet i intervallet för att på så sätt inte missgynna aktieägarna utan ge dem rätt till samma förhandlingsutrymme som en utomstående hade haft i en liknande situation.

4.6.4 Rekvisitet affärsmässighet

Det tredje och sista steget i gränsdragningsprövningen är rekvisitet affärsmässighet. Detta ska prövas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och då främst utifrån de objektivt iakttagbara faktorer förarbetena nämner. Därigenom blir värdeskillnaden och dess storlek återigen relevant tillsammans med transaktionens förenlighet med bolagets normala verksamhet och motpartens relation till bolaget.

Vad gäller frågan om eventuella subjektiva rekvisit kan inledningsvis konstateras att förarbetena lämnar visst utrymme för beaktande av subjektiva faktorer. I litteraturen finns ett spektrum av åsikter, från uppsåtsivrare till de som anser att subjektiva faktorer är irrelevanta för affärsmässigheten. Det som delar åsikterna är frågan om dåliga affärer kan sorteras bort från värdeöverföringsbegreppet enbart med beaktande av objektiva faktorer eller om det krävs att man tar hänsyn till subjektiva faktorer. Lindskog, Sandström, Lehrberg och Nerep argumenterar för att affärsmässighetsfrågan bör avgöras utifrån ett subjektivt rekvisit. Men deras åsikt vinner inget stöd i hovrättspraxisen på området. Enligt Andersson skulle ett subjektivt rekvisit strida mot både aktieägar- och borgenärsskyddet. Samtidigt skulle det även medföra processuella betänkligheter och dessutom uppmuntra till förtäckta värdeöverföringar.

Enligt min mening anför Lindskog, Sandström, Lehrberg och Nerep inte några starka skäl för sina ståndpunkter i frågan förutom att dåliga affärer inte får träffas av värdeöverföringsbegreppet. Anderssons argumentation bygger däremot på flera relevanta argument som alla ligger väl i linje med värdeöverföringsreglernas syfte att skapa en rimlig balans mellan aktieägarnas och borgenärernas intressen. Genom en sådan objektiv helhetsbedömning som Andersson förespråkar torde dåliga affärer kunna sorteras bort i de allra flesta fall samtidigt som aktieägar- och borgenärsskyddet upprätthålls fullt ut. Skulle någon dålig affär komma att träffas av värdeöverföringsbegreppet är det ändå ett förhållandevis lågt pris att betala jämfört med situationen att flera förtäckta värdeöverföringar aldrig kan angripas därför att de ansvariga kan gömma sig bakom ett subjektivt rekvisit. Min slutsats är således att affärsmässigheten ska bedömas utifrån objektivt iakttagbara faktorer och att det dessutom ska ske en objektiv

helhetsbedömning där man försöker fastställa huruvida transaktionen helt eller delvis inte fyller ett affärsmässigt syfte.

4.6.5 Praktisk vägledning

Ovan har gällande rätt och gränsen mellan rent affärsmässiga transaktioner och förtäckta värdeöverföringar definierats. Därmed kan analysen i det resterande ägnas åt frågan hur en egendomsöverlåtelse bör utformas för att inte anses utgöra en förtäckt värdeöverföring. Först bör dock framhållas att den praktiska vägledning som ges nedan utgår från den självständiga analys av gällande rätt i gränsdragningsfrågan som företagits under 4.6.2–4.6.4.

Inledningsvis kan konstateras att affärshändelserekvisitet kommer att uppfyllas oavsett utformning eftersom en dylik transaktion alltid utgör en transaktion med omvärlden. Däremot är det möjligt att utforma transaktionen så att förmögenhetsminskningsrekvisitet inte uppfylls. Sätts vederlaget till egendomens marknadsvärde utgör transaktionen en rent affärsmässig transaktion som helt faller utanför tillämpningsområdet för 17 kap. Problematiken i denna lösning ligger i att det kan vara svårt att fastställa marknadsvärdet på ett säkert och exakt sätt. Om egendomen saknar en fungerande marknad måste värdering ske genom ett hypotetiskt prov eller en värderingsman. I sådana fall är värderingen alltid förknippad med viss osäkerhet. Den kan därför i regel ifrågasättas i större eller mindre utsträckning. I sådana situationer är man hänvisad till att antingen chansa på att det marknadsvärde en företagen värdering ger vid handen åtminstone är någorlunda korrekt eller att sätta vederlaget något högre än marknadsvärdet.

En annan sak är att värderingssvårigheterna i praktiken kan leda till att det beträffande egendom som saknar en fungerande marknad, krävs att värdeskillnaden är uppenbar eller väsentlig för att den ska anses visad. Denna omständighet ger visst utrymme för en utformning där vederlaget sätts strax under marknadsvärdet. Men med hänsyn till dels den osäkerhet som bevisföringen är förknippad med och dels det något oklara rättsläget på området är detta inget som rekommenderas. Dessutom torde ett sådant försök till kringgående strida mot de aktiebolagsrättsliga utgångspunkter som ligger till grund för värdeöverföringsreglerna.

Även om transaktionen utformas så att den innefattar en värdeskillnad till bolagets nackdel utgör den likväl ingen förtäckt värdeöverföring om den har rent affärsmässig karaktär för bolaget. I affärsmässighetsbedömningen aktualiseras omständigheterna i det enskilda fallet varför det är svårt att ge några mer allmänna råd i affärsmässighetsfrågan. Vad gäller transaktionens förenlighet med bolagets verksamhet blir bolagets verksamhet och ramarna för denna av stor betydelse. Generellt torde en avyttring av en hel affärsrörelse inte anses förenlig med bolagets verksamhet om verksamheten i praktiken upphör därmed. Men det kan finnas situationer då aktieägarna hellre avyttrar verksamheten än att driva den vidare. En avyttring av hela affärsrörelsen kan mot denna bakgrund inte anses sakna affärsmässig

karaktär i sig. Av detta följer att överlåtelse av enbart en verksamhetsgren eller viss tillgång knappast kan anses sakna affärsmässig karaktär per se utan affärsmässighetsbedömningen får istället avgöras utifrån övriga objektiva omständigheter.

En sådan objektiv omständighet är värdeskillnaden. Vid bedömningen av den ska hänsyn tas till motpartens relation till bolaget. Framställningen har avgränsats till att avse överlåtelse från ett fåmansbolag till ett närstående bolag i effektiviserings- och renodlingssyfte. Därmed torde kunna förutsättas att aktieägarna i det överlåtande bolaget har god insyn i dels de utvecklingsmöjligheter och det avkastningspotential som den överlåtna egendomen är förknippad med samt dels det egna bolagets förvaltning och ekonomiska situation. Av denna anledning ställs det troligtvis särskilt höga krav på att vederlaget verkligen motsvarar egendomens marknadsvärde.

Med hänsyn till detta torde det i det närmaste inte finnas något utrymme att bedöma annat än en helt obetydlig värdeskillnad som en i och för sig dålig men rent affärsmässig transaktion. Mot denna bakgrund står det klart att vederlaget i princip måste vara marknadsmässigt för att transaktionen inte ska anses sakna rent affärsmässig karaktär. Att aktieägarnas syfte med transaktionen (att effektivisera och renodla viss verksamhet) kan beskrivas som affärsmässigt saknar enligt min mening betydelse när de objektivt iakttagbara faktorerna tyder på en förtäckt värdeöverföring.

Slutsatsen vad gäller den praktiska vägledningen i gränsdragningsfrågan är att det endast ges ett utformningsalternativ för aktieägare i fåmansbolag som vill överlåta egendom till ett närstående bolag i effektiviserings- och renodlingssyfte och som samtidigt vill vara säkra på att transaktionen inte träffas av värdeöverföringsreglerna. Detta enda sätt är att sätta vederlaget till egendomens marknadsvärde, vilket visat sig kunna vara en utmaning på grund av värderingsproblematiken.

5 Lovlig värdeöverföring

5.1 Allmänt

Fåmansbolagsaktieägare som önskar genomföra en närståendetransaktion till ett lägre pris än marknadsvärdet behöver inte avskräckas av att transaktionen kan komma att ses som en förtäckt värdeöverföring. Konstaterandet att det föreligger en förtäckt värdeöverföring medför i sig varken olovlighet eller att rättsverkningar aktualiseras. Följden är istället att värdeöverföringen måste underkastas en *lovlighetsprövning* enligt 17 kap. I denna prövning behöver omständigheten att vederlaget understiger marknadsvärdet inte alltid hindra värdeöverföringen från att vara lovlig. Det lägsta tillåtna vederlaget fastställs med andra ord först i samband med lovlighetsprövningen. Frågan om rättsverkningar aktualiseras först i fall prövningen leder fram till att transaktionen är olovlig. En intressant fråga i sammanhanget är således hur en värdeöverföring ska utformas för att passera lovlighetsprövningen. För att kunna besvara denna fråga måste man företa en prövning gentemot dels *formföreskrifterna* i 17 kap. 2 § som begränsar formerna för värdeöverföringar och dels *borgenärskyddet* i 17 kap. 3 § som begränsar storleken på värdeöverföringar.¹⁴²

5.2 Förhållandet till formföreskrifterna

Under 3.4 klargjordes att det är möjligt att avvika från de i 17 kap. 2 § uppställda värdeöverföringsformerna under förutsättning att samtliga aktieägare samtycker därtill. En uppmärksam fråga på området är om sådana formlösa värdeöverföringar omfattas av de formföreskrifter ABL stadgar beträffande värdeöverföringsbeslutet. 17 kap. 2 § kompletteras nämligen av den outtalade *in dubio principen* som är tillämplig på såväl öppna som förtäckta värdeöverföringar som inte med tillräcklig säkerhet låter sig sorteras in under någon av de formenliga värdeöverföringstyperna. Enligt principen omfattas sådana formlösa värdeöverföringar analogt av de formbestämmelser som uppställs beträffande vinstutdelningsbeslut i 18 kap.¹⁴³

Den dispositiva karaktären hos formföreskrifterna i 17 kap. 2 § ger upphov till frågan om även formföreskrifterna i 18 kap., som reglerar formerna för själva vinstutdelningsbeslutet, är dispositiva och kan åsidosättas genom samtyckesbehörigheten i samband med förtäckta värdeöverföringar. Förarbetena har i frågan uttalat följande:

Också bland de bestämmelser som reglerar olika slag av formenlig värdeöverföring finns sådana som inte kan åsidosättas ens med samtliga aktieägares samtycke. Om värdeöverföringen sker genom vinstutdelning, får sålunda inte bestämmelserna om

¹⁴² Prop. 2004/05:85, s. 372 f.

¹⁴³ Andersson, 2010, s. 77 f. och Lehrberg, SvJT 2012, s. 537 f.

styrelsens vetorätt och upplysningsskyldighet åsidosätts (18 kap. 1 § andra stycket och 4 §).¹⁴⁴

Förarbetena pekar sålunda mot att samtliga bestämmelser i 18 kap., med undantag för 1 § andra stycket och 4 §, kan åsidosättas genom samtyckesbehörigheten. 18 kap. 1 § andra stycket ger uttryck för det som kallas för *styrelsens vetorätt*. Vetorätten är konstruerad så att det inte får beslutas om vinstutdelning till ett högre belopp än vad styrelsen föreslagit såvida det inte föreligger skyldighet därtill enligt bolagsordningen eller om utdelningen beslutas på yrkande av en minoritet i enlighet med 18 kap. 11 §. 18 kap. 4 § reglerar *styrelsens upplysningsplikt* i samband med framläggandet av vinstutdelningsförslaget. Plikten innebär att styrelsen till sitt vinstutdelningsförslag ska foga ett yttrande över varför den föreslagna vinstutdelningen är försvarlig med hänsyn till försiktighetsregeln i 17 kap. 3 §.

Förarbetenas påpekanden har inte gått obemärkt förbi i den aktiebolagsrättsliga litteraturen. Andersson menar att förarbetena visserligen talar om vinstutdelning men att det som åsyftas torde vara förtäckt värdeöverföring. När det gäller styrelsens vetorätt fastslår Andersson att den skyddar bolagets borgenärer genom styrelsens bättre insyn i bolagets ekonomi. Av hänsyn därtill bör 18 kap. 1 § andra stycket vara tillämplig även vid förtäckta värdeöverföringar och därmed tvingande. Dock anser Andersson att detta inte medför några problem i praktiken för majoriteten av de svenska aktiebolagen eftersom dessa är fåmansbolag där det råder identitet mellan aktieägare och styrelse.¹⁴⁵

Avseende styrelsens upplysningsplikt framhåller Andersson att pliktens ändamål är att säkerställa borgenärsskyddet via tillämpningen av försiktighetsregeln. Trots detta är Andersson tveksam till att 18 kap. 4 § skulle vara tvingande. För att tillgodose upplysningspliktens bakomliggande ändamål är det tillräckligt att använda en omvänd bevisbörda. Finns inget motiverande yttrande från styrelsen måste den mot vilken rättsverkningar görs gällande, visa att värdeöverföringen var försvarlig enligt försiktighetsregeln. Mot denna bakgrund finner Andersson att 18 kap. 4 § kan åsidosättas genom samtyckesbehörigheten.¹⁴⁶

Nerep och Samuelsson menar att det citerade förarbetsuttalandet öppnar för två tolkningsmöjligheter. Den ena är att bestämmelserna om styrelsens vetorätt respektive upplysningsplikt ska tillämpas vid formenliga värdeöverföringar enligt 18 kap. men inte vid formlösa värdeöverföringar. En sådan tolkning stämmer överens med uttalandets ordalydelse eftersom uttalandet hänvisar till just formenliga värdeöverföringar och värdeöverföringar genom vinstutdelning. Mot en sådan tolkning kan man enligt Nerep och Samuelsson invända att det framstår som irrationellt att samtyckesbehörigheten skulle vara tillämplig på de ifrågavarande

¹⁴⁴ Prop. 2004/05:85, s. 749.

¹⁴⁵ Andersson, 2010, s. 134 f.

¹⁴⁶ Andersson, 2010, s. 135.

bestämmelserna vid vissa värdeöverföringstyper men inte vid andra. Den andra tolkningsmöjligheten är att de ifrågavarande bestämmelserna ska tillämpas vid alla värdeöverföringstyper. Men en sådan tolkning skulle enligt Nerep och Samuelsson leda till att de formlösa värdeöverföringarna tvingas bli formenliga varmed deras grund skulle undandras. Utifrån en analys av de två tolkningsmöjligheternas respektive följder når Nerep och Samuelsson slutsatsen att både styrelsens vetorätt och styrelsens upplysningsplikt kan åsidosättas med stöd av aktieägarnas samtyckesbehörighet. Detta är särskilt tydligt vad gäller upplysningsplikten som får antas vara uppställd uteslutande till skydd för aktieägarna.¹⁴⁷

Till skillnad från Nerep och Samuelsson hyser Lindskog inget tvivel vad gäller den dispositiva karaktären hos 18 kap. 1 § andra stycket. Lindskog konstaterar att ”[k]ravet på styrelsegodkännande bör kunna åsidosättas om samtliga aktieägare är ense därom”.¹⁴⁸ Lindskog är även övertygad om den dispositiva karaktären hos övriga formregleringar i 18 kap. Därför anför han att kapitalanvändningsdispositioner kan företas helt informellt utan iakttagande av formföreskrifterna för vinstutdelningsbeslut såvida samtliga aktieägare är överens.¹⁴⁹

Förtäckta värdeöverföringar som företas i strid med formföreskrifterna utan att samtliga aktieägares samtyckt därtill, är olovlige och leder till att värdeöverföringsreglernas sanktionssystem blir tillämpligt.¹⁵⁰

5.3 Förhållandet till borgenärsskyddet

5.3.1 Frågan om brutto- kontra nettometoden

5.3.1.1 Problemställningen

Under 3.5.2 har konstaterats att täckningsprincipen innebär att en värdeöverföring förutsätter att det efter värdeöverföringen finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Genom att ange att en värdeöverföring inte får inkräkta på det bundna egna kapitalet utpekar täckningsprincipen den absoluta gränsen för hur stor en värdeöverföring får vara.¹⁵¹ Aktieägare i fåmansbolag som överväger att överlåta egendom till ett närståendebolag ställs beträffande täckningsprincipen inför en särskild värderingsproblematik som uppstår vid alla typer av *sakvärdesöverföringar*, det vill säga vid alla överföringar av andra värden än kontanta medel. Problemställningen har sin grund i att bolagets egendom på grund av avskrivningar normalt betingar ett dolt övervärde. Egendomens bokförda värde understiger med andra ord egendomens marknadsvärde.¹⁵² Sakvärdesöverföringar reser sålunda frågan om vilket värde som bolaget ska

¹⁴⁷ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 18 kap. 1 §, 1.5.

¹⁴⁸ Lindskog, 1995, s. 83.

¹⁴⁹ Lindskog, 1995, s. 91.

¹⁵⁰ 17 kap. 6 och 7 §§.

¹⁵¹ Andersson, 2010, s. 137.

¹⁵² Johansson & Pehrson, JT 1995/96, s. 820.

anses ha frånhänts genom överföringen.¹⁵³ Svaret är helt avgörande för täckningsprincipen eftersom den avgör vilket värde som ska ligga till grund för prövningen av om värdeöverföringen inkräktar på det bundna egna kapitalet.¹⁵⁴

5.3.1.2 Diskussionen i litteraturen

Den aktuella frågan har i den aktiebolagsrättsliga litteraturen varit föremål för en näst intill oöverskådlig debatt. Den utgör en av de mest debatterade frågorna i svensk civilrättslitteratur.¹⁵⁵ Debatten nådde sin kulmen under 80- och 90-talet och har sedan dess avstannat avsevärt. Detta medför att de flesta debattinlägg anknyter till den nuvarande täckningsprincipens motsvarighet i 12 kap. 2 § första stycket ABL 75. I ABL 75 uttrycktes täckningsprincipen på så sätt att vinstutdelningar inte fick överstiga fritt eget kapital varmed den mesta litteraturen på området diskuterar frågan om vilket värde som ska jämföras med och avräknas det utdelningsbara beloppet. Värderingsfrågan är likväl densamma varför den äldre litteraturen fortfarande är relevant.

Debatten har framför allt koncentrerats till frågan om brutto- eller nettometoden ska användas vid tillämpningen av täckningsprincipen.¹⁵⁶ *Bruttometoden* går ut på att det är den överlåtna egendomens marknadsvärde som ska ligga till grund för täckningsprövningen. Enligt *nettometoden* är det istället egendomens bokförda värde som ska vara avgörande.¹⁵⁷

Argumenten för respektive metod låter sig med hänsyn till debattens omfång knappast sammanfattas med lätthet.¹⁵⁸ Men här ska ändå göras en ansats till redogörelse för huvudlinjerna i respektive argumentation. De som förfäktar en tillämpning av bruttometoden grundar i huvudsak sina argument på att bruttometoden bäst uppfyller täckningsprincipens övergripande ändamål som är att skydda borgenärernas intressen. Eftersom borgenärsskyddet ytterst grundar sig på bolagsförmögenheten måste den faktiska förmögenhetsmässiga, och inte den bokföringsmässiga, effekten som en värdeöverföring medför vara avgörande. Vidare anför bruttometodsförespråkarna att bruttometoden ger den mest rättvisande bilden av värdeöverföringens storlek och ekonomiska materiella verkningar för bolaget. Borgenärerna bereds ett skydd som överensstämmer med vad

¹⁵³ Andersson, 1995, s. 317.

¹⁵⁴ Andersson, 2010, s. 137.

¹⁵⁵ Litteraturen på området har av Andersson beräknats uppgå till mellan 500 och 1 000 sidor, se Andersson, 2010, s. 137. Den nyfikna läsaren hänvisas till följande axplock ur debatten: Andersson, SvJT 1993, s. 566 ff., Andersson, 1995, s. 317 ff., Andersson, SvJT 1996 I och II, Andersson, 2010, s. 136 ff, Lindskog, SvJT 1993, s. 927 f., Lindskog, JT 1992/93, s. 86 ff., Lindskog, 1995, s. 57 ff., Nerep, 1994, s. 214 ff., Nerep, SvSkT 1993, s. 377 ff., Nerep, JT 1993/94, s. 641 ff., Sacklén, SvJT 1994, s. 167 ff., Sacklén, JT 1994/95, s. 871 ff., Johansson & Pehrson, JT 1995/96, s. 820, Gometz & Huldén, Balans 1992, s. Pehrson, JT 1992/93, s. 969, Margulies & Roos, Balans 1981, Sandström, Balans 1982 och Kedner, Balans 1983.

¹⁵⁶ Grosskopf, SN 1993, s. 113 och Nerep, JT 1993/94, s. 641.

¹⁵⁷ Sacklén, SvJT 1994, s. 168.

¹⁵⁸ Andersson, 2010, s. 138.

som sker vid en sakvärdesöverföring i verkligheten.¹⁵⁹ Bruttometoden har även försvarats med att den till skillnad från nettometoden inte uppmuntrar till förtäckta värdeöverföringar utan snarare stävjar dem.¹⁶⁰ Ett annat centralt argument för bruttometoden är att den stämmer överens med vad som gäller beträffande regler uppställda till skydd för aktieägarna där marknadsvärdet är det avgörande.¹⁶¹

Argumenten för nettometoden har sitt huvudsakliga stöd i den omständigheten att täckningsprincipen utgör en kompromiss mellan motstående intressen i form av borgenärsskyddet och aktieägarnas intresse av avkastning på satsat kapital. Vid utformningen av bestämmelsen har en avvägning mellan dessa intressen skett.¹⁶² Med hänsyn därtill samt till att ordalydelsen i 12 kap. 2 § första stycket ABL 75 inte utesluter en tillämpning av nettometoden, är den hävdade slutsatsen att lagstiftaren i intresseavvägningen lämnat utrymme för en tillämpning av nettometoden.¹⁶³ Nettometodsförespråkarna menar att ordalydelsen i själva verket talar till nettometodens fördel eftersom det utdelningsbara beloppet grundar sig på balansräkningens värden varmed det är naturligt att utgå från bokförda värden i lovlighetsprövningen.¹⁶⁴ Andra argument till stöd för nettometoden är att nettometoden har tillämpats i det praktiska näringslivet, att nettometoden underlättar omstruktureringar i koncerner samt att det är enklare att utgå från bokförda värden än marknadsvärden som kan vara svåra att fastställa.¹⁶⁵

5.3.1.3 Rättspraxis

Länge var rättsläget i frågan oklart. Den enda vägledning som fanns att tillgå var diskussionen i litteraturen samt fyra tingsrättsavgöranden meddelade i början av 1990-talet.¹⁶⁶ Frågan om brutto- kontra nettometoden aktualiserades i de fyra rättsfallen som ett led i prövningen av huruvida försäljning av egendom från fåmansbolag till aktieägare eller närstående, till ett pris understigande marknadsvärdet, utgjorde olovlig förtäckt utdelning. I samtliga rättsfall fann tingsrätterna att bruttometoden skulle tillämpas vid lovlighetsprövningen. I Malmö tingsrätts domskäl görs följande uttalande som är representativt för domstolarnas bedömning i de fyra fallen:

Vinstutdelningsreglerna har till syfte att skydda bolagsborgenärerna, aktieägare och andra intressenter i bolaget mot förfaranden varigenom bolagsförmögenheten undandras dem. /.../ Tingsrätten anser att det är mest förenligt med lagstiftarens ändamål att en benefik utdelning av sakvärden till aktieägare eller annan skall vara tillåten endast om tillgångens marknadsmässiga värde ryms inom det utdelningsbara beloppet enligt balansräkningen.¹⁶⁷

¹⁵⁹ Andersson, 2002, s. 59.

¹⁶⁰ Andersson, SvJT 1996 I, s. 319.

¹⁶¹ Andersson, 2002, s. 58.

¹⁶² Nerep, 1994, s. 216.

¹⁶³ Nerep, JT 1994/95, s. 880.

¹⁶⁴ Johansson & Pehrson, JT 1995/96, s. 824.

¹⁶⁵ Andersson, 2002, s. 58 f.

¹⁶⁶ Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 mål nr T 884/90, Stockholm tingsrätts dom 1991-12-13 mål nr T 6-129-91, Malmö tingsrätts dom 1992-01-17 mål nr T 3110-89 och Huddinge tingsrätts dom 1992-04-08 mål nr T 482/91.

¹⁶⁷ Malmö tingsrätts dom 1992-01-17 mål nr T 3110-89, s. 11 f.

Tingsrättsavgörandena möttes av skarp kritik i den aktiebolagsrättsliga litteraturen. Flera författare ansåg alltså att nettometoden var den tillämpliga.¹⁶⁸ Två av tingsrättsavgörandena överklagades men hovrätterna fann precis som tingsrätterna att bruttometoden skulle tillämpas.¹⁶⁹ Även hovrättsavgörandena överklagades och frågan kom slutligen att prövas av HD. I båda målen fastslog HD att nettometoden ska tillämpas vid sakvärdesöverföringar men endast det från Malmö tingsrätt härrörande målet publicerades i form av NJA 1995 s. 742.¹⁷⁰

De relevanta sakförhållandena i NJA 1995 s. 742 kan sammanfattas med att Aktiebolag A sålde en fastighet till Handelsbolag B för ett pris motsvarande fastighetens bokförda värde. Aktiebolag A försattes sedermera i konkurs och konkursboet väckte talan mot Handelsbolag B. Konkursboet anförde bland annat att fastighetens marknadsvärde väsentligt översteg det bokförda värdet varför fastighetsförsäljningen utgjorde en olovlig förtäckt vinstutdelning till den del skillnaden mellan fastighetens marknadsvärde och bokförda värde översteg det utdelningsbara beloppet i Aktiebolag A. Konkursboet gjorde mot denna bakgrund gällande att Handelsbolag B var återbäringsskyldigt, allt i enlighet med 12 kap. ABL 75. Den för framställningen intressanta frågan i målet var således vilken av brutto- respektive nettometoden som skulle tillämpas i prövningen av huruvida försäljningen var olovlig enligt täckningsprincipen i 12 kap. 2 § första stycket ABL 75.

HD inleder sitt domskäl med att konstatera att täckningsprincipen avser att skydda två intressen, aktieägarnas intresse av likabehandling respektive borgenärernas intresse av att bolagets egna kapital skyddas. Eftersom det ifrågasvarande aktiebolaget var ett fåmansbolag med endast en aktieägare avgränsar HD sin prövning till att enbart avse borgenärsintresset. Därefter konstaterar HD att lagens ordalydelse inte talar särskilt för någon av de två metoderna. Inte heller genom tolkning kan man nå ett tydligt utslag i frågan. HD anmärker dock att frågan debatterats flitigt i litteraturen på området och ger en i det närmaste fullständig litteraturhänvisning.¹⁷¹

Efter en ingående analys av rättsfrågan kommer HD fram till att det inte går att framhålla någon av metoderna som bäst förenlig med lagstiftningens ändamål såsom detta kan utläsas av lagens ordalydelse och allmänna systematik, eller av rättspraxis eller förarbeten. Vidare anser HD att de argument som förs fram i litteraturen väger ungefär lika tungt. Enligt HD fordrar det oklara rättsläget att hänsyn tas till den omständigheten att det praktiska rättslivet under lång tid inrättat sig efter nettometoden. HD anser

¹⁶⁸ Se Lindskog, JT 1992/93 s. 82 ff. och Nerep, SvSkT 1993, s. 353 ff.

¹⁶⁹ Hovrätten för Västra Sveriges dom 1993-12-16 mål nr T 616/91 och Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 1994-03-24 mål nr T 93/92.

¹⁷⁰ Andersson, 2010, s. 138 och Nerep, 2003, s. 396. Rättsfallet har kommenterats flitigt i litteraturen, se t.ex. Andersson, SvJT 1996 I, s. 277 ff., Andersson SvJT 1996 II, s. 426 ff., Johansson & Pehrson, JT 1995/96, s. 820 ff. och Nerep, SvSkT 1996, s. 74 ff.

¹⁷¹ NJA 1995 s. 742, s. 759 ff.

att ett förkastande av den redan utbredda uppfattningen att nettometoden är den tillämpliga skulle få negativa konsekvenser för enskilda fysiska och juridiska personer. HD betraktar dessa konsekvenser som allvarligare än de som ett tillämpande av nettometoden skulle få för borgenärskollektivet. Mot denna bakgrund finner HD:s majoritet att det inte kan anses stå i strid med 12 kap. 2 § första stycket ABL 75 att tillämpa nettometoden varmed HD ogillar käromålet.¹⁷²

5.3.1.4 Nettometodens innebörd

Genom NJA 1995 s. 742 bekräftades nettometoden som gällande rätt. Den nuvarande täckningsprincipen i 17 kap. 3 § första stycket utgår uttryckligen från nettometoden.¹⁷³ Därmed uppstår nya frågor i form av vad nettometoden innebär i praktiken och vilka gränser för värdeöverföringar den uppställer. Nettometoden innebär på intet sätt att det står bolaget fritt att företa vilka avskrivningar som helst i strävan efter att reducera det bokförda värdet. Nettometoden förutsätter att det bokförda värdet grundar sig på en riktig användning av redovisningsmässiga principer i överensstämmelse med *god redovisningssed*. Den centrala effekten av nettometoden är att en överlåtelse av egendom som sker till bokfört värde inte strider mot täckningsprincipen om bolaget efter överlåtelsen har ett intakt bundet eget kapital.¹⁷⁴ I förarbetena illustreras detta på följande sätt:

I ett aktiebolag som har ett bundet eget kapital om 100 000 kr och som saknar fritt eget kapital önskar bolagets enda aktieägare förvärva en tillgång till ett pris som motsvarar det bokförda värdet om 50 000 kr. Tillgångens uppskattade marknadsvärde är 100 000 kr. Att denna värdeöverföring inte strider mot beloppsspärren följer av att bolagets bundna egna kapital lämnas opåverkat av transaktionen.¹⁷⁵

För det fall egendom överläts helt vederlagsfritt måste egendomens bokförda värde motsvaras av fritt eget kapital enligt 17 kap. 3 § första stycket e contrario.¹⁷⁶ Det kan även förhålla sig så att bolaget har en *redovisad förlust*, bestående av antingen årets eller balanserad förlust, och därför inte har ett intakt eget bundet kapital. I sådana situationer förutsätter överlåtelse av egendom att förvärvaren erlägger dels egendomens bokförda värde och dels vad som krävs för att avhjälpa bristen i det bundna egna kapitalet. Den övre gräns för vad man behöver erlägga i vederlag för att en överlåtelse av egendom ska vara förenlig med täckningsprincipen utgörs alltid av egendomens marknadsvärde.¹⁷⁷

Trots att Andersson har resignerat i frågan om netto- kontra bruttometoden kan han inte avhålla sig från att påpeka en anmärkningsvärd konsekvens av nettometoden. Egendom som bokförts till 0 kronor i balansräkningen kommer även att värderas till 0 kronor vid tillämpningen av

¹⁷² NJA 1995 s. 742, s. 766 f. Justitieråden Beckman och Vängby var skiljaktiga och ville döma till bruttometodens fördel.

¹⁷³ Prop. 2004/05:85, s. 379 f. och Engström & Johansson, Balans 2007, s. 40.

¹⁷⁴ Andersson, 2010, s. 138 f.

¹⁷⁵ Prop. 2004/05:85, s. 751.

¹⁷⁶ Andersson, 2010, s. 139.

¹⁷⁷ Andersson, 2010, s. 140.

täckningsprincipen. Det är således förenligt med täckningsprincipen att helt vederlagsfritt föra ut egendom oavsett marknadsvärde såvida det bokförda värdet är 0 kronor. Enligt Andersson är en sådan situation inte helt otänkbar beträffande maskiner och inventarier men även vissa immateriella rättigheter.¹⁷⁸

5.3.2 Beräkningen av bundet eget kapital

Som berörts under 3.5.2 anger 17 kap. 3 § första stycket att man vid beräkningen av det bundna egna kapitalet ska ta hänsyn till ändringar som har skett sedan balansdagen. Följaktligen reducerar varje värdeöverföring från bolaget det *värdeöverföringsutrymme* som framgår av balansräkningen. Härutöver ska även andra förändringar i det fria eller bundna egna kapitalet beaktas.¹⁷⁹ Förarbetena försöker konkretisera bestämmelsens innebörd genom följande exempel:

På balansdagen den 31 december finns ett värdeöverföringsutrymme på 200 000 kr. Därefter fattas på en extra bolagsstämma beslut om ökning av aktiekapitalet genom fondemission innebärande att 100 000 kr av det fria egna kapitalet förs till aktiekapitalet. Vid den därpå följande årsstämman får – förutsatt att några andra förändringar inte har skett – högst 100 000 kr tas i anspråk för värdeöverföring, trots att utrymmet enligt den på stämman fastställda balansräkningen är 200 000 kr. På motsvarande sätt kan värdeöverföringsutrymmet vara större än vad som framgår av den senaste balansräkningen, om aktiekapitalet efter balansdagen har minskats för avsättning till fritt eget kapital.¹⁸⁰

Ytterligare en bestämmelse som kan påverka beräkningen av det bundna egna kapitalet är 17 kap. 4 §. Lagrummet reglerar vad som gäller vid värdeöverföringar under löpande räkenskapsår. Bestämmelsen bekräftar vad som gäller enligt täckningsprincipen och behandlas därför inte närmare i framställningen.¹⁸¹

5.3.3 Avgörande tidpunkt för täckningsprincipen

En annan väsentlig fråga är vilken tidpunkt som bör vara avgörande vid prövningen av huruvida en värdeöverföring intränger på det bundna egna kapitalet. Av förarbetena framgår att prövningen ska ske med utgångspunkt i vad som vid beslutstidpunkten är känt om förhållandena på balansdagen för den senaste balansräkningen.¹⁸² Andersson förespråkade tidigare att prövningen beträffande förtäckta värdeöverföringar skulle utgå från förhållandena vid verkställandet av värdeöverföringen men förefaller numer ha böjt sig för förarbetsuttalandet.¹⁸³

¹⁷⁸ Andersson, 2010, s. 137 och 141.

¹⁷⁹ Andersson, 2010, s. 118.

¹⁸⁰ Prop. 2004/05:85, s. 750.

¹⁸¹ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 4 §, 4.1.

¹⁸² Prop. 2004/05:85, s. 750. Se även Lindskog, 1995, s. 73 f.

¹⁸³ Andersson, 1995, s. 643 och Andersson, 2010, s. 117 f.

5.3.4 Försiktighetsregeln

5.3.4.1 Allmänt

Täckningsprincipen ger som framgått den absoluta gränsen för hur stor en värdeöverföring får vara. I förarbetena till ABL 75 anges att det visserligen kan vara försvarbart att ianspråka hela det enligt täckningsprincipen tillgängliga värdeöverföringsutrymmet men att utgångspunkten snarast är den motsatta om bolaget ska kunna möta lönsamhetsförändringar.¹⁸⁴ I syfte att motverka värdeöverföringar till skada för borgenärerna kompletteras därför täckningsprincipen av försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § andra stycket. Regeln är tillämplig på alla värdeöverföringstyper och oavsett när de beslutas.¹⁸⁵ Den grundläggande tanken bakom försiktighetsregeln är att ett aktiebolag inte ska kunna genomföra värdeöverföringar med större belopp än att dess ekonomiska ställning efter värdeöverföringen är betryggande för borgenärerna.¹⁸⁶ Detta uttrycks i förarbetena även som att bolaget måste ha en sund ekonomi för att få genomföra en värdeöverföring.¹⁸⁷

Genom att försiktighetsregeln anger att en värdeöverföring måste vara försvarlig enligt vissa uppräknade faktorer, kan det faktiska värdeöverföringsutrymmet vara mindre, men aldrig större, än vad täckningsprincipen ger vid handen.¹⁸⁸ Försiktighetsregeln träffar således hela det egna kapitalet och inte enbart det bundna egna kapitalet som täckningsprincipen.¹⁸⁹ Härigenom kan försiktighetsregeln sägas vara avsedd att åstadkomma ett reellt ekonomiskt borgenärsskydd medan täckningsprincipen åstadkommer ett nominellt ekonomiskt borgenärsskydd.¹⁹⁰ I vilken utsträckning bolaget till följd av försiktighetsregeln behöver behålla kapital i bolaget och därigenom begränsa värdeöverföringsutrymmet ska bedömas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet och de särskilda omständigheter som bolaget verkar under.¹⁹¹ De faktorer som enligt försiktighetsregeln ska ligga till grund för *försvarlighetsprövningen* är de krav som *verksamhetens art, omfattning och risker* ställer på storleken av det egna kapitalet samt bolagets *konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt*.¹⁹²

5.3.4.2 Verksamhetens art, omfattning och risker

Med uttrycket ”verksamhetens art” åsyftas bolagets faktiska rörelse och ”verksamhetens omfattning” avser storleken på denna rörelse. Den tredje beståndsdel i det så kallade verksamhetsrekvisitetet är ”verksamhetens risker” och med detta förstås de faror som är förknippade med att bedriva

¹⁸⁴ Prop. 1975:103, s. 477.

¹⁸⁵ Lindskog, 1995, s. 67 och Andersson, m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 4 §, 1.

¹⁸⁶ Andersson, 1995, s. 207, SOU 1997:168 s. 76 och prop. 2004/05:85, s. 382.

¹⁸⁷ Prop. 2004/05:85, s. 384.

¹⁸⁸ Prop. 2004/05:85, s. 751.

¹⁸⁹ Andersson, 2010, s. 124.

¹⁹⁰ Andersson, 2010, s. 123.

¹⁹¹ Prop. 2004/05:85, s. 751.

¹⁹² 17 kap. 3 § andra stycket första och andra punkterna.

den aktuella rörelsen.¹⁹³ Förarbetena framhåller att särskild försiktighet bör iaktas när det gäller värdeöverföringar från bolag med konjunkturberoende eller på annat sätt riskfylld verksamhet. En annan betydelsefull omständighet är storleken av det bundna egna kapitalet ställt i relation till verksamhetens storlek. Här framhålls att ett bolag med litet bundet eget kapital allmänt sett har större behov av att behålla fritt eget kapital i bolaget. Generellt sett gäller även att ju mer omfattande bolagets verksamhet är desto större kan behovet av en säkerhetsmarginal i form av större eget kapital vara.¹⁹⁴

5.3.4.3 Konsolideringsbehov

Begreppet ”konsolidering” saknar juridisk definition. Inom företagsekonomi används begreppet för att beteckna en förstärkning av ett bolags ekonomiska ställning.¹⁹⁵ Av störst intresse i sammanhanget är den så kallade *soliditeten*, som avser relationen mellan eget och främmande kapital. Ju större andel av ett bolags egendom som har finansierats med eget kapital desto bättre soliditet har bolaget.¹⁹⁶ Termen konsolideringsbehov i försiktighetsregeln kan således förstås som i vad mån ett bolag genom avstående från värdeöverföringar måste stärka sitt egna kapital för att på så sätt uppnå en adekvat soliditet.¹⁹⁷

Iakttagandet av konsolideringsbehovet innebär att det ska göras en allsidig bedömning av bolagets ekonomiska ställning och dess möjligheter att på sikt infria sina åtaganden. Den ekonomiska ställningen kan beskrivas med hjälp av olika nyckeltal varav soliditeten är det viktigaste. Men därutöver ska även andra faktorer som påverkar bolagets konsolideringsbehov beaktas. Framför allt gäller detta omständigheter som kan komma att påverka den framtida soliditeten i bolaget.¹⁹⁸ Konsolideringsbehovet ska bedömas på längre sikt varför tidshorisonten åtminstone ska uppgå till några år.¹⁹⁹

Vad som är en godtagbar soliditet varierar mellan olika branscher liksom mellan bolag av olika ålder och storlek. Därför går det inte att fastställa en för alla bolag och vid varje tidpunkt lämplig soliditet.²⁰⁰ Lindskog har dock i en ansats till formulering av en allmän princip framhållit att bolaget ska ha en kapitalsituation som innebär att det kan hantera icke osannolika ekonomiska faror.²⁰¹ Eftersom konsolideringsbehovet ytterst handlar om bolagets förmåga att kunna ta risker och tåla förluster är inte den redovisningsmässiga soliditeten av intresse i sammanhanget. Som redan angetts är det bolagets verkliga ekonomiska ställning som är avgörande

¹⁹³ Andersson, 2010, s. 124.

¹⁹⁴ Prop. 2004/05:85, s. 751.

¹⁹⁵ Andersson, 1995, s. 208 och Andersson, 2010, s. 125.

¹⁹⁶ Prop. 2004/05:85, s. 382 och 751.

¹⁹⁷ Andersson, 2010, s. 125 och Lindskog, 1995, s. 69.

¹⁹⁸ Prop. 2004/05:85, s. 752.

¹⁹⁹ Andersson, 2010, s. 125, Engström & Johansson, Balans 2007, s. 41 och Lindskog, 1995, s. 69.

²⁰⁰ Prop. 2004/05:85, s. 751 f.

²⁰¹ Lindskog, 1995, s. 69.

varmed dolda och obeskattade reserver och övervärden ska beaktas.²⁰² Det betyder att man vid tillämpningen av försiktighetsregeln ska utgå från marknadsvärden och inte bokförda värden.²⁰³ Vid försvarlighetsprövningen av sakvärdesöverföringar ska bolaget sålunda anses ha avhänt ett värde motsvarande egendomens marknadsvärde och inte dess bokförda värde som vid tillämpningen av täckningsprincipen. En följd härav är att försäljning av egendom till marknadsvärdet alltid är förenligt med försiktighetsregeln.²⁰⁴

5.3.4.4 Likviditet

Rekvisitet ”likviditet” innebär att hänsyn ska tas till bolagets *kortfristiga betalningsförmåga*.²⁰⁵ Härmed avses att en värdeöverföring inte får ianspråkta kontanta medel i sådan utsträckning att bolaget i något nämnvärt avseende försämrar sin förmåga att fullgöra sina löpande betalningsförpliktelser.²⁰⁶ En värdeöverföring får med andra ord inte företas om det kan befaras att bolaget hamnar i en omedelbar likviditetskris genom värdeöverföringen.²⁰⁷ Av detta torde följa att någon värdeöverföring över huvud taget inte kan komma i fråga i ett bolag som är insolvent eller genom värdeöverföringen riskerar att bli insolvent.²⁰⁸ I likviditetsrekvisitet ligger även att en värdeöverföring måste stå i proportion till bolagets intjäningsförmåga men även till styrelsens planer på investeringar och kapitalanskaffning.²⁰⁹

Likviditetsbehovet fastställs genom att man jämför dels likvida medel vid periodens början och dels inbetalningar under perioden med utbetalningarna under samma period.²¹⁰ För att det ska finnas utrymme för värdeöverföringar fordras det att det av en sådan beräkning framgår att bolaget under hela perioden har ett överskott, inklusive en viss likviditetsreserv i händelse av att något oförutsett inträffar eller att det uppstår tillfälliga variationer i betalningsströmmarna.²¹¹ I likviditetsbedömningen torde även omständigheter såsom tillgång till checkräkningskrediter och utrymme för ytterligare krediter ha viss betydelse.²¹²

En situation som förarbetena framhåller där försiktighetsregeln kan vara av särskild betydelse, är när en planerad värdeöverföring ger upphov till en latent skatteskuld. Så kan fallet bland annat vara vid sakvärdesöverföringar. I sådana situationer får värdeföringen inte företas om den äventyrar bolagets möjligheter att infria skatteskulden.²¹³

²⁰² Andersson, 2010, s. 125 och Lindskog, 1995, s. 69.

²⁰³ Nerep, NTS 2009, s. 58 f.

²⁰⁴ Andersson, 2010, s. 140.

²⁰⁵ Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 3 §, 6.

²⁰⁶ Andersson, 2010, s. 126.

²⁰⁷ Prop. 2004/05:85, s. 382.

²⁰⁸ Andersson, 1995, s. 212.

²⁰⁹ Prop. 2004/05:85, s. 382 och Andersson, 1995, s. 212.

²¹⁰ Prop. 2004/05:85, s. 752.

²¹¹ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 §, 3.8.

²¹² Nerep, 2003, s. 445.

²¹³ Prop. 2004/05:85, s. 378 och 752.

Tillåter inte likviditetsrekvisitet en viss värdeöverföring finns det inget som hindrar att verkställandet av värdeöverföringen skjuts upp till dess att likviditeten förbättras i erforderlig mån. Nerep anser därför att likviditetsrekvisitets betydelse för fastställandet av värdeöverföringsutrymmet inte ska överdrivas.²¹⁴ Med undantag för Lindskog, som förefaller förespråka en treårig tidshorisont, är litteraturen enig om att bolagets likviditetsbehov ska bedömas under en tidshorisont om några månader upp till ett år.²¹⁵

Likviditetsrekvisitet har som störst betydelse vid värdeöverföringar som tar bolagets kontanta medel i anspråk. Ett typexempel är vinstutdelning till aktieägarna. Beträffande sakvärdesöverföringar torde likviditetsrekvisitet emellertid inte utgöra något hinder. Sakvärdesöverföringar försämrar inte bolagets likviditet utan de är snarare ägnade att förstärka likviditeten. Detta gäller även sakvärdesöverföringar som sker till bokfört värde.²¹⁶

5.3.4.5 Ställning i övrigt

Genom rekvisitet ”ställning i övrigt” ska man inom ramen för försiktighetsregeln ta hänsyn till alla kända förhållanden som kan ha betydelse för bolagets ekonomiska ställning och som inte redan har beaktats vid bedömningen av bolagets konsolideringsbehov och likviditet. Det som avses är främst bolagets utveckling efter räkenskapsårets utgång. Härutöver märks även sådana väsentliga händelser och viktiga omständigheter som bolaget måste lämna upplysning om i förvaltningsberättelsen.²¹⁷ Dessutom ska nyvunnen kunskap om äldre förhållanden som påverkar bolagets balans- eller resultaträkning beaktas inom ramen för försiktighetsregeln såvida förhållandena inte redan har beaktats vid fastställandet av värdeöverföringsutrymmet i enlighet med täckningsprincipen.²¹⁸

Som exempel på sådana omständigheter som ska beaktas under ”ställning i övrigt” nämner litteraturen betydande konjunktur nedgång, drastiskt sviktande orderingång, plötslig värdeminskning av bolagets tillgångar, att ett stort skadeståndsanspråk har riktats mot bolaget eller att majoriteten av nyckelmedarbetarna i bolaget har lämnat verksamheten.²¹⁹

5.3.4.6 Försvarlighetsprövningen

För att en värdeöverföring ska vara lovlig måste den sålunda med beaktande av ovanstående rekvisit framstå som försvarlig. Detta försvarlighetsrekvisit föregicks i 12 kap. 2 § andra stycket ABL 75 av ett krav om att en värdeöverföring med hänsyn till rekvisiten inte skulle stå i strid med ”god

²¹⁴ Nerep, 1994, s. 153.

²¹⁵ Lindskog, 1995, s. 70, Andersson, 2010, s. 126 och Engström & Johansson, Balans 2007, s. 42.

²¹⁶ Thorell, JT 2005/06, s. 388 och Nerep, NTS 2009, s. 65.

²¹⁷ Prop. 2004/05:85, s. 752. Jfr 6 kap. 1 § ÅRL.

²¹⁸ Lindskog, 1995, s. 71 och Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 §, 3.8.

²¹⁹ Andersson, 2010, s. 127 och Nerep, 1994, s. 153.

affärssed”. Innebörden av rekvisitet god affärssed var oklar. Förarbetena gav ingen ledning i frågan.²²⁰ I syfte att tydliggöra bestämmelsens innebörd ersattes begreppet ”god affärssed” med begreppet ”försvarlig” i samband med införandet av ABL.²²¹ I förarbetena till ABL framhöll lagstiftaren att försvarlighetsrekvisitet är tänkt att vara ett aktsamhetsrekvisit i så måtto att en viss grad av försiktighet ska iakttas vid värdeöverföringar.²²²

Aktsamhetsbedömningen måste emellertid anpassas till den ekonomiska verklighet som varje bolag är verksamt i och det faktum att det ligger i aktiebolagets natur att risktagande och värdeöverföringar sker simultant. I det enskilda fallet ska aktsamhetsbedömningen grundas på goda insikter i såväl bolagets ekonomiska ställning som relevanta omvärldsfaktorer. Därefter ska en värdering ske. I värderingen ska hänsyn tas till försiktighetsregelns borgenärsskyddande trygghetsfunktion. I värderingen ska även beaktas vad som är rimligt med hänsyn till att bolag varken kan eller bör skydda sig mot allehanda risker, samtidigt som värdeöverföringar utgör en naturlig del av verksamheten. Värderingen ska leda fram till ett normativt ställningstagande av vad som kan anses som aktsamt i det enskilda fallet i fråga om bolagets ekonomiska ställning. Avslutningsvis ska prövas om bolagets faktiska ekonomiska ställning stämmer överens med den fastställda aktsamhetsnormen. Endast om bolagets ekonomiska ställning är bättre än aktsamhetsnormen kan en värdeöverföring genomföras.²²³

5.3.4.7 Kritiken mot försiktighetsregeln

Som framgått av det ovan anförda utgör försiktighetsregeln, med sina allmänt hållna rekvisit och sina vaga konturer, i det närmaste en värdeöverföringarnas generalklausul.²²⁴ Allt sedan den första förslaget till dagens försiktighetsregel infördes i 1944 års aktiebolagslag har såväl rättsvetenskapsmän som praktiserande jurister försökt förstå försiktighetsregelns olika beståndsdelar, konkretisera dess innehåll och ge den en tydlig och praktiskt tillämpning.²²⁵ När dessa strävsamma försök visat sig vara mer eller mindre framgångslösa har vissa röster inom den aktiebolagsrättsliga litteraturen kritiserat försiktighetsregeln. De har menat att dess innebörd är svår att fixera och att den består av ett antal ytterst svårtillämpade gummiregler.²²⁶ Saken förvärras av att det helt saknas klagörande rättspraxis på området.²²⁷

Redan inför införandet av den nuvarande försiktighetsregeln uttryckte flera remissinstanser tvivel om försiktighetsregelns tillämpning och kritiserade dess vaghet. De menade att de tillämpningssvårigheter som förelåg beträffande försiktighetsregeln i 12 kap. 2 § andra stycket ABL 75 skulle

²²⁰ Andersson, 1995, s. 216 och Nerep, 1994, s. 152.

²²¹ Huruvida lagstiftaren de facto uppnådde något förtydligande har ifrågasatts av Nerep, se NTS 2009, s. 46 ff.

²²² Prop. 2004/05:85, s. 383. Jfr Sandström, 2012, s. 308.

²²³ Andersson, 2010, s. 128 f.

²²⁴ Jfr Nerep, 2003, s. 444.

²²⁵ Nerep, NTS 2009, s. 46.

²²⁶ Skog, 2011, s. 87 och Sandström, 2012, s. 307.

²²⁷ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 §, 3.8.

kvarstå. Besväret med och kostnaderna för att tillämpa försiktighetsregeln skulle överstiga den avsedda nyttan. Under alla omständigheter skulle försiktighetsregeln enbart kunna bli tillämplig i uppenbara fall av oförsvarliga värdeöverföringar.²²⁸

Enligt Lindskog skapar försiktighetsregeln ett problem såtillvida att det med nödvändighet uppstår en betydande *gråzon*, mellan å ena sidan situationer där en värdeöverföring uppenbart strider mot försiktighetsregeln och å andra sidan situationer där det är uppenbart att en värdeöverföring inte strider mot regeln. Lindskog beskriver gråzonen som olycklig och framhåller att den försvårar bolags bedömning av huruvida en planerad värdeöverföring är förenlig med försiktighetsregeln. Detta kan ge upphov till en försiktighet som i många situationer är negativ för bolaget. För att reducera gråzonen anser Lindskog att försiktighetsregeln bör ges ett snävt tillämpningsområde där enbart klara fall av oförsiktighet ska leda till olovlighet. Enligt Lindskog är en sådan lösning förenlig med bestämmelsens borgenärsskyddssyfte. Borgenärerna kan knappast anses ha fog för att räkna med ett mer omfattande skydd än det som följer av täckningsprincipen och skyddet för det bundna egna kapitalet.²²⁹

Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén ser på försiktighetsregelns gråzon på ett något annorlunda sätt än Lindskog. Författarna hävdar att försiktighetsregeln har sin största betydelse genom sin *preventiva effekt*. Gråzonen är en viktig beståndsdel i den preventiva effekten eftersom den kan avhålla aktieägare från att företa värdeöverföringar som inte uppenbart är förenliga med försiktighetsregeln.²³⁰ Denna uppfattning företräds även av Andersson.²³¹

Den författare som är hårdast i sin kritik mot försiktighetsregeln är Nerep. Nerep menar att det knappast finns någon som kan ge försiktighetsregeln ”ett konkret innehåll så att den får en begriplig, ändamålsenlig och rationell tillämpning i det enskilda fallet”.²³² I avsaknad av tydlig vägledning i förarbeten, rättspraxis och litteratur medför försiktighetsregeln väsentliga, ibland till och med oöverstigliga, tillämpningssvårigheter. Bland annat anser Nerep att försvarlighetsrekvisitet, precis som det tidigare rekvisitet god affärssed, förutsätter grundläggande normer i form av affärssed eller praxis som rekvisitet kan prövas mot. För närvarande saknas sådana grundläggande normer varför försvarlighetsrekvisitet är innehållslöst.²³³ Vad gäller hänsynstagandet till verksamhetens art och omfattning är det i realiteten intetsägande om det inte ställs i relation till försiktighetsregelns övriga delar.²³⁴

²²⁸ Prop. 2004/05:85, s. 381 ff.

²²⁹ Lindskog, 1995, s. 67 f.

²³⁰ Posselius m.fl., 2000, s. 29.

²³¹ Andersson, 1995, s. 207.

²³² Nerep, NTS 2009, s. 46.

²³³ Nerep, NTS 2009, s. 51. Jfr Nerep, 2003, s. 448 f.

²³⁴ Nerep, NTS 2009, s. 53.

Vad gäller rekvisitet verksamhetens risker anser Nerep att det är förknippat med stora oklarheter när det gäller att avgöra vilka risker som är rättsligt relevanta i sammanhanget och hur stort kapital som måste sparas i bolaget till följd av rekvisitet.²³⁵ I ett försök att närmare precisera vilka risker som avses sorterar Nerep bort risker som med hänsyn till bolagets verksamhet är osannolika, oförutsebara och atypiska, försäkrade risker samt risker som har realiserats i sådan mån att de befunnits vara åtaganden som förutsätter avsättning enligt god redovisningssed. De relevanta riskerna kan därmed begränsas till de som är typiska för verksamheten och där sannolikheten för realiserande är påtaglig men inte tillräcklig för att avsättning ska vara påkallad.²³⁶

Beträffande konsolideringsrekvisitet konstaterar Nerep att bolagsledningen, aktieägarna och revisorn ställs inför en hart när omöjlig uppgift när det gäller att ta ställning till vilken konsolideringsgrad som är godtagbar för bolaget vid en viss tidpunkt.²³⁷ Svårigheten att närmare precisera försiktighetsregeln tillsammans med risken för att drabbas av långtgående sanktioner i form av återbäringskyldighet och bristtäckningsansvar gör att det enligt Nerep strängt taget råder en *till rättslösheten gränsande rättsosäkerhet* kring försiktighetsregeln.²³⁸ Denna rättsosäkerhet kräver att försiktighetsregeln utrustas med en väl tilltagen *rättsäkerhetsmarginal*. En sådan rättssäkerhetsmarginal väcker enligt Nerep inte några betänkligheter avseende borgenärsskyddet. Detta ska primärt tillgodoses genom täckningsprincipen och skyddet för det bundna egna kapitalet.²³⁹ Nereps slutsats är således att försiktighetsregeln enbart ska tillämpas restriktivt, det vill säga enbart i uppenbara och klara fall.²⁴⁰

Andersson bemöter Nereps kritik i ett försök att försvara försiktighetsregeln. Enligt Andersson är det ett känt faktum att en stor andel av de svenska aktiebolagen har ett aktiekapital motsvarande det lägsta tillåtna oavsett omsättningsstorlek eller skuldsättningsgrad. Detta gör att täckningsprincipen och det bundna egna kapitalet i regel inte erbjuder ett tillfredsställande, om ens något, borgenärsskydd. Av denna anledning är försiktighetsregeln absolut nödvändig för att borgenärerna ska tillförsäkras något nämnvärt skydd över huvud taget.²⁴¹ Likväl vidgår Andersson att försiktighetsregeln är svårtillämpad och att den troligtvis enbart kommer att tillämpas i tydliga fall även om dess verkliga tillämpningsområde på intet sätt är reducerat.²⁴²

²³⁵ Nerep, NTS 2009, s. 55 och Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 § 3.8.

²³⁶ Nerep, NTS 2009, s. 56 f. Jfr Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 §, 3.8.

²³⁷ Nerep, NTS 2009, s. 59.

²³⁸ Nerep, NTS 2009, s. 46 och 50.

²³⁹ Nerep, 2003, s. 449.

²⁴⁰ Nerep, 2003, s. 446, Nerep, NTS 2009, s. 68 f. och Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 3 §, 3.8.

²⁴¹ Andersson, 2010, s. 122 ff.

²⁴² Andersson, 1995, s. 205.

5.4 Analys

5.4.1 Inledning

Hur ska då aktieägare i ett fåmansbolag som vill överlåta egendom till ett närstående bolag i effektiviserings- och renodlingssyfte, mot bakgrund av vad som hittills anförts under avsnitt 5, utforma värdeöverföringen för att den ska vara lovlig? Likt vid den föregående frågeställningen som behandlades under avsnitt 4, gäller att svaret ligger i den gällande rätten men att det inte är riktigt tydligt hur denna ser ut.

5.4.2 Förhållandet till formföreskrifterna

Det första steget i lovlighetsprövningen är förhållandet till formföreskrifterna. Det råder inga tvivel om att förtäckta formlösa värdeöverföringar omfattas av in dubio-principen. Emellertid gäller att samtliga bestämmelser vid sidan om styrelsens vetorätt och upplysningsskyldighet med säkerhet kan åsidosättas genom samtyckesbehörigheten. När det som här rör sig om ett fåmansbolag och en värdeöverföring som samtliga aktieägare står bakom torde samtliga aktieägare godkänna sådant åsidosättande. Vad gäller styrelsens vetorätt anser Andersson att den är tvingande medan Nerep och Samuelsson tillsammans med Lindskog anser att den är dispositiv. Att rättsläget är något osäkert saknar, precis som Andersson framhåller, praktisk betydelse eftersom det i regel är aktieägarna som utgör styrelsen i fåmansbolag. Detta innebär att aktieägarna i sin egenskap av styrelse kan föreslå en värdeöverföring om det belopp de finner önskvärt. Vetorätten vållar således inte några problem.

Ser man istället till styrelsens upplysningsskyldighet är litteraturen enig om att den är dispositiv trots vad som anges i förarbetena. Särskilt Anderssons resonemang om att de bakomliggande ändamålen kan tillgodoses på annat sätt tillsammans med Nerep och Samuelssons påstående om att grunden för formlösa värdeöverföringar skulle undandras om formföreskrifterna var tvingande, talar starkt för dispositivitet. Därmed hindrar inte heller upplysningsplikten genomförandet av en dylik närståendetransaktion eftersom samtycke torde kunna inhämtas från samtliga aktieägare. Sammantaget reser formföreskrifterna inga hinder mot att aktieägarna i ett fåmansbolag överlåter egendom till ett närstående bolag såvida samtliga aktieägare samtycker.

5.4.3 Förhållandet till borgenärsskyddet

Det andra och sista steget i lovlighetsprövningen utgörs av förhållandet till borgenärsskyddet. Som angetts ovan förordar förarbetena att prövningen tar sin utgångspunkt i täckningsprincipen för att först ifall denna inte utgör något hinder gå vidare till försiktighetsregeln. Enligt gällande rätt ska nettometoden tillämpas vid prövningen av om bolagets bundna egna kapital

alltjämt är täckt efter en sakvärdesöverföring. Därmed är följande faktorer av betydelse i prövningen: storleken på bolagets bundna egna kapital, den överförda egendomens bokförda värde samt bolagets ekonomiska ställning i termer av redovisad vinst eller förlust. Samtliga dessa faktorer kan härledas ur bolagets redovisning och är därför förhållandevis enkla att fastställa.

Den absoluta gränsen för hur stor en värdeöverföring får vara bestäms i det enskilda fallet av hur de ovan angivna faktorerna förhåller sig till varandra med utgångspunkt i vad som var känt om förhållandena på balansdagen för den senaste balansräkningen. Här bör dock understrykas att täckningsprincipen förutsätter att hänsyn tas till ändringar i det bundna egna kapitalet som har skett efter balansdagen. Eftersom prövningen enligt täckningsprincipen alltid utgår från omständigheterna i det enskilda fallet kan rättslaget enbart sammanfattas enligt följande fyra allmänna principer:

- I den utsträckning bolaget har fritt eget kapital hindrar täckningsprincipen inte värdeöverföringar motsvarande det fria egna kapitalet. Värdeöverföringen kan till och med ske helt vederlagsfritt i den mån enbart det fria egna kapitalet tas i anspråk.
- I den utsträckning bolaget inte har någon redovisad förlust kan värdeöverföringar företas enligt täckningsprincipen trots att de inkräktar på det bundna egna kapitalet under förutsättning att vederlaget motsvarar egendomens bokförda värde.
- I den utsträckning bolaget har en redovisad förlust måste vederlaget för att vara förenligt med täckningsprincipen uppgå till lägst det belopp som innefattar egendomens bokförda värde med tillägg för vad som krävs för att läka bristen i det bundna egna kapitalet.
- Vederlaget behöver aldrig uppgå till mer än marknadsvärdet för att värdeöverföringen ska vara förenlig med täckningsprincipen.

Vad gäller försiktighetsregeln är det omvittnat i såväl förarbeten som litteratur att den är svårtillämpad. Kärnan i tillämpningssvårigheten ligger i det att borgenärsskyddet givits formen av en generalklausul vars avgörande faktorer är högst allmänt hållna. Verksamhetens art, omfattning och risker, bolagets konsoliderings- och likviditetsbehov samt bolagets ställning i övrigt är faktorer som knappast låter sig fastställas och analyseras enbart utifrån siffror i bolagets redovisning. Istället innebär den allmänt hållna utformningen att samtliga omständigheter som påverkar, eller kan komma att påverka, bolagets ekonomiska ställning i det enskilda fallet ska beaktas. Mot bakgrund av detta är det uppenbart att försiktighetsregeln till skillnad från täckningsprincipen inte kan sammanfattas med några allmänna principer. Någon närmare allmängiltig vägledning beträffande försiktighetsregeln än att värdeöverföringen måste vara försvarlig enligt de angivna faktorerna kan med andra ord inte ges.

Som Lindskog redan är inne på ger försiktighetsregeln upphov till en gråzon inom vilken det råder osäkerhet kring huruvida en domstol skulle finna en värdeöverföring försvarlig. Även om det av någon anledning, exempelvis bolagets goda ekonomi i förening med värdeöverföringens blygsamma storlek, framstår som uppenbart att försiktighetsregeln inte utgör något hinder, kan det förhålla sig så att den verksamhet bolaget bedriver kräver att bolaget har en exceptionellt stor säkerhetsbuffert i form av eget kapital. Detta gör att utrymmet för de uppenbart försvarliga värdeöverföringarna är väldigt litet. I andra änden av spektrumet återfinns de uppenbart oförsvarliga värdeöverföringarna. Hit torde främst höra värdeöverföringar som medför att bolaget blir insolvent och värdeöverföringar som företas när bolaget är insolvent. Men sådana värdeöverföringar är olovliga redan enligt täckningsprincipen. Det stora flertalet av alla värdeöverföringar faller sålunda inom försiktighetsregelns gråzon och är förknippade med en större eller mindre osäkerhet i lovlighetsfrågan.

Även om bolaget är ytterst noggrant i sin egen preliminära försvarlighetsprövning och tar hänsyn till bland annat hur verksamheten tett sig föregående år, verksamhetssvängningar mellan åren, konjunktursvängningar, den ekonomiska ställningen vid den senaste lågkonjunkturen, genomförda eller planerade verksamhetsförändringar samt föregående års räkenskaper och konsolideringsbehov går det inte att med fullständig säkerhet veta att värdeöverföringen är försvarlig. Den rådande oklarheten kring vad det exakt är som ska beaktas i försvarlighetsprövningen tillsammans med det förhållandet att prövningen ska utgå från omständigheterna i det enskilda fallet och de särskilda omständigheter bolaget verkar under, gör att varje försvarlighetsprövning fordrar ett viss mått av skönsmässigt ställningstagande. Mot denna bakgrund är det knappast möjligt att på förhand fastställa med säkerhet i vilken utsträckning en domstol skulle anse en viss värdeöverföring försvarlig och därmed lovlig enligt försiktighetsregeln.

Slutsatsen att de flesta värdeöverföringar är förknippade med en större eller mindre osäkerhet i lovlighetsfrågan ger i sin tur upphov till en ny problematik för aktieägare i fåmansbolag som vill överlåta egendom till ett närstående bolag i effektiviserings- och renodlingssyfte. Oaktat att täckningsprincipen tillåter ett visst värdeöverföringsutrymme leder slutsatsen beträffande försiktighetsregeln till att sådana aktieägare måste ta ställning till om de vill utforma transaktionen som en värdeöverföring eller om de vill företa den till marknadsvärdet.

För *värdeöverföringsalternativet* talar aktieägarnas intresse av att företa överlåtelsen till ett så lågt pris som möjligt. Dessutom kan gråzonen avskräcka en eventuell konkursförvaltare från att angripa transaktionen om bolaget kan visa att man företagit en egen saklig försvarlighetsprövning. Men gråzonen och osäkerheten kan å andra sidan motivera en eventuell konkursförvaltare att angripa transaktionen med stöd av värdeöverföringsreglerna i förhoppningen om att vinna framgång i det

oklara rättsläget. Värdeöverföringsalternativet innebär således en risk för att återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar kan komma att aktualiseras.

För *marknadsvärdesalternativet* talar att det över huvud taget aldrig skulle bli fråga om en värdeöverföring. Det skulle röra sig om en rent affärsmässig transaktion som helt faller utanför värdeöverföringsreglernas tillämpningsområde. Men marknadsvärdesalternativet strider mot aktieägarnas intresse av att hålla nere priset för överlåtelsen. Härtill kommer att marknadsvärdesalternativet är förknippat med den värderingsproblematik som behandlats närmare under 4.3.2. För egendom med en fungerande marknad uppstår inga problem med marknadsvärdesalternativet. För egendom vars marknadsvärde enbart kan uppskattas är det mer problematiskt. Marknadsvärdesalternativet kan då komma att angripas såsom en värdeöverföring av en eventuell konkursförvaltare, under åberopande av att det riktiga marknadsvärdet var högre än det erlagda vederlaget. I sådana situationer kan osäkerheten kring det korrekta marknadsvärdet leda till att värdeöverföringsreglernas sanktionssystem blir tillämpligt.

Avslutningsvis beträffande försiktighetsregeln kan framhållas att den i litteraturen hårt kritiserade tillämpningssvårigheten gör sig tydligt gällande för aktieägare i fåmansbolag som vill överlåta egendom till ett närstående bolag. Det går helt enkelt inte att med säkerhet veta hur överlåtelsen bäst bör utformas och hur stor värdeöverföring som är tillåten. Detta är omständigheter som enligt min mening talar till förmån för den i litteraturen redan förespråkade uppfattningen att försiktighetsregeln ska ges en restriktiv tillämpning och enbart leda till olovlighet i klara och tydliga fall av oförsvarliga värdeöverföringar. En sådan tillämpning skulle ge försiktighetsregeln en något tydligare innebörd och därigenom minska den föreliggande rättsosäkerheten. En annan sak är att andra skyddssyften och intressen kan utgöra starka skäl mot en sådan restriktiv tillämpning. Huruvida försiktighetsregeln skulle ges en snäv tillämpning vid en domstolsprövning är emellertid alltså oklart och det råder delade meningar i litteraturen.

6 Rättsverkningar vid olovlig värdeöverföring

6.1 Allmänt

Som visats ovan kan svårigheten att fastställa ett korrekt marknadsvärde för viss egendom eller osäkerheten kring försiktighetsregelns tillämpning, medföra att något som aktieägarna uppfattat som en rent affärsmässig transaktion eller en lovlig värdeöverföring vid en domstolsprövning anses vara en olovlig värdeöverföring. Därmed riskerar aktieägarna att åläggas återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar trots att de svävat i tron om att transaktionen uppfyllt kraven för lovlighet.

Återbäringsskyldigheten har redan behandlats översiktligt under 3.6.2. Som framgår där innebär återbäringsskyldigheten att mottagaren av värdeöverföringen ska återbära vad han eller hon uppburit. Vid händelse av att en egendomsöverlåtelse från ett fåmansbolag till ett närståendebolag finns utgöra en olovlig värdeöverföring är det med andra ord närståendebolaget som måste återbära vad det mottagit. Sanktionen drabbar emellertid aktieägarna indirekt eftersom den verksamhet de ämnat bedriva i det mottagande närståendebolaget upphör när egendomen ska återbäras. Återbäringen innebär att aktieägarna frånhänds värden som istället primärt ska delas ut till fåmansbolagets konkursborgenärer.

Bristtäckningsansvaret är den sekundära sanktionen och har behandlats översiktligt under 3.6.3. Bristtäckningsansvaret är ett personligt ansvar som kan drabba de personer som medverkat till beslutet om värdeöverföringen men även de som medverkat till verkställandet av beslutet. Ansvaret innebär att man svarar för eventuella brister i återbäringen. Om närståendebolaget inte anses återbäringsskyldigt eller om det inte kan återbära den mottagna egendomen riskerar aktieägarna sålunda att drabbas av bristtäckningsansvar i deras egenskap av styrelseledamöter, aktieägare eller eventuellt verkställande direktör.

En viktig fråga för dylika situationer är om rättsverkningar kan utebli med hänsyn till värderingsproblematiken eller försiktighetsregelns rättsosäkerhet. För att kunna besvara denna fråga måste man närmare granska *återbäringsskyldighetens godtrosskydd* i 17 kap. 6 §, *bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit* i 17 kap. 7 § samt möjligheten till *jämkning av bristtäckningsansvaret* genom hänvisningen till 29 kap. 5 §.

6.2 Utrymmet för att omfattas av godtrosskyddet

Före införandet av ABL fanns det inget uttryckligt godtrosskydd för mottagaren av förtäckta värdeöverföringar. Lagen tog enbart sikte på öppna värdeöverföringar. Godtrosskyddet förutsatte då att mottagaren insåg eller bort inse att värdeöverföringen stred mot ABL 75.²⁴³ Att olovliga förtäckta värdeöverföringar inte träffades av bestämmelsens direkta ordalydelse gav upphov till en osäkerhet kring huruvida återbäringskyldigheten beträffande sådana värdeöverföringar var försedd med något godtrosskydd över huvud taget.²⁴⁴ HD hade dock behandlat frågan i rättspraxis och där utformat ett godtrosskydd som innebar att mottagaren skulle åläggas återbäringsansvar såvida han eller hon insett eller bort inse att transaktionen innefattade en förtäckt utdelning.²⁴⁵

Av förarbetena till ABL framgår att 17 kap. 6 § första stycket andra meningen utgör en kodifiering av denna rättspraxis. Kodifieringen ansågs påkallad av omsättningsintresset och kravet på förutsägbarhet.²⁴⁶ Sedan tidigare hade det rått delade meningar om huruvida det för återbetalningsskyldighet beträffande olovliga förtäckta värdeöverföringar krävdes att mottagaren förutom att ha insett eller bort inse att transaktionen utgjorde en förtäckt utdelning även insett eller bort inse att den förtäckta utdelningen var olovlig.²⁴⁷ Frågan fick sitt svar när lagstiftaren i förarbetena till ABL tog ställning för uppfattningen att den onda tron inte behövde omfatta olovligheten utan enbart den omständigheten att transaktionen utgjorde en förtäckt värdeöverföring.²⁴⁸

Följdriktigt anger 17 kap. 6 § första stycket andra meningen att återbäringskyldighet beträffande en olovlig förtäckt värdeöverföring förutsätter att bolaget kan visa att mottagaren insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget. Ett illustrativt exempel på regelns innebörd är att den som förvärvat en bolaget tillhörig bil för ett vederlag under marknadsvärdet utan att ha insett eller bort inse detta, inte behöver återbära bilen.²⁴⁹ En viktig fråga är vilken tidpunkt som ska vara avgörande för godtrosbedömningen. Litteraturen är överens om att bedömningen beträffande olovliga förtäckta värdeöverföringar ska utgå från tillfället då mottagaren mottog bolagets prestation.²⁵⁰

²⁴³ 12 kap. 5 § andra meningen ABL 75.

²⁴⁴ Andersson, 2010, s. 229.

²⁴⁵ Prop. 2004/05:85, s. 394 f. och Nerep, 1994, s. 359. Se NJA 1951 s. 6 I och II, NJA 1980 s. 311 och NJA 1990 s. 343.

²⁴⁶ SOU 1997:168, s. 84.

²⁴⁷ Andersson, 1995, s. 694 f. och Nerep, 2003, s. 457.

²⁴⁸ Prop. 2004/05:85, s. 395.

²⁴⁹ Nerep & Samuelsson, Karnov, kommentar till 17 kap. 6 §, 6.9.

²⁵⁰ Andersson, 1995, s. 705, Andersson m.fl., Zeteo, kommentar till 17 kap. 6 §, 3 och Lindskog, 1995, s. 121.

Som framgått ovan har lagstiftaren i avvägningen mellan borgenärsintresset och omsättningsintresset funnit att det senare motiverar ett visst godtrosskydd även vid olovliga förtäckta värdeöverföringar.²⁵¹ En följd härav är att utrymmet för att omfattas av godtrosskyddet varierar med hur starkt omsättningsintresset gör sig gällande i olika situationer. I förarbetena har saken uttryckts som att det ligger i sakens natur att det vid olovliga förtäckta värdeöverföringar till mottagare som tar aktiv del i bolagets skötsel sällan finns utrymme för god tro.²⁵² Vidare anger förarbetena att det saknar betydelse att mottagaren till sitt försvar anför att han eller hon var av uppfattningen att transaktionen utgjorde en lovlig värdeöverföring. Har det stått klart för mottagaren att transaktionen utgjorde en värdeöverföring så medför det återbäringskyldighet per se.²⁵³

Godtrosskyddet har störst betydelse när det gäller värdeöverföringar som är förenliga med täckningsprincipen men som strider mot försiktighetsregeln.²⁵⁴ I kontrast till förarbetena menar Nerep att utrymmet för att omfattas av godtrosskyddet borde vare avsevärt med hänsyn till den rättsosäkerhet som försiktighetsregeln ger upphov till.²⁵⁵ Andersson förefaller företräda en liknande uppfattning när han motiverar en vid tillämpning av försiktighetsregeln med att de flesta aktieägare torde skyddas av godtrosskyddet i 17 kap. 6 § första stycket andra meningen.²⁵⁶

För det fall den angripa transaktionen avsett egendom och denna överlåtits vidare eller förstörts bortfaller inte ansvaret i sig. Är återbärning förhindrad av sådan anledning gäller att mottagaren enligt allmänna principer om obehörig vinst är skyldig att ersätta bolaget det belopp som den olovliga värdeöverföringen uppgick till.²⁵⁷ Skulle mottagaren omfattas av det aktuella godtrosskyddet kan återbäringsansvar inte utkrävas utan bolaget får vända sig mot de personkategorier som är bristtäckningsansvariga enligt 17 kap. 7 §.²⁵⁸

6.3 Utrymmet för att inte anses ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt

Redan 1944 års aktiebolagslag innehöll en bestämmelse om bristtäckningsansvar för de som medverkat till ett beslut om olovlig vinstutdelning eller till verkställandet därav.²⁵⁹ Ansvaret var genom hänvisning till skadeståndsbestämmelsen i 208 § försett med ett subjektivt rekvisit som innebar att det för ansvar fordrades uppsåt eller oaktsamhet och

²⁵¹ Prop. 2004/05:85, s. 395.

²⁵² Prop. 1975:103, s. 485, SOU 1997:168, s. 84 och prop. 2004/05:85, s. 756.

²⁵³ Prop. 2004/05:85, s. 756.

²⁵⁴ Skog, 2011, s. 108.

²⁵⁵ Nerep, NTS 2009, s. 47.

²⁵⁶ Andersson, 1995, s. 205.

²⁵⁷ Prop. 2004/05:85, s. 756.

²⁵⁸ Lindskog, 1995, s. 121

²⁵⁹ 73 § andra momentet tredje stycket 1944 års aktiebolagslag.

såvitt gällde aktieägare, grov oaktsamhet. Lagen gav dock ingen närmare ledning i frågan om de subjektiva rekvisitens innebörd.

Viss vägledning stod istället att finna i den vid tidpunkten aktuella rättspraxisen. I NJA 1951 s. 6 I väckte ett enmansbolags konkursbo återbärings- och bristtäckningstalan mot dess ägare och före detta ägare. Konkursboet gjorde gällande att den före detta ägaren i samband med aktieöverlåtelsen till den nuvarande ägaren, men medan han fortfarande var aktieägare, hade tömt bolaget på likvida medel. Som delbetalning för bolaget hade den nya ägaren övertagit den skuld till bolaget tömningen gett upphov till. Därtill hade den nya ägaren efter tillträdet upptagit ett banklån i bolagets namn enbart för att direkt låna ut beloppet till sig själv och överlämna det till den före detta ägaren som betalning av den resterande köpeskillingen. Efter att ha fastslagit att de två utbetalningarna var olovliga gick HD in på ansvarsfrågan. Beträffande den första delbetalningen fann HD att den nya ägaren var återbäringskyldig såsom mottagare. Den före detta ägaren befanns genom sin medverkan vara bristtäckningsansvarig för den första delbetalningen. Även vad gällde den resterande köpeskillingen som finansierats med banklånet ansågs den nya ägaren vara återbäringskyldig. Däremot ansågs den före detta ägaren inte vara bristtäckningsansvarig för den resterande delen eftersom han ”såvitt visats ej avvetat” att den nya ägaren i denna del betalade med bolagets egna medel.²⁶⁰

Även NJA 1966 s. 475 är av relevans i sammanhanget. Rättsfallet gällde precis som 1951 års fall frågan om återbäringskyldighet och bristtäckningsansvar vid lånetransaktioner. I motiveringen till sin skiljaktiga mening berör justitierådet Riben bristtäckningsansvar vid olovliga förtäckta utbetalningar. Riben anser att en analog tillämpning av bristtäckningsansvaret inte borde ske annat än vid fall av förtäckta utbetalningar där de handlande insett att bolagets medel skulle tas i anspråk. Med andra ord bör bristtäckningsansvar vid förtäckta utbetalningar förutsätta uppsåt. Riben anser att uppfattningen är förenlig med NJA 1951 s. 6 I eftersom HD där avgjorde målet enbart utifrån vad som visats beträffande säljarens faktiska insikt utan att pröva vad säljaren bort inse.²⁶¹

Införandet av ABL 75 innebar inga stora förändringar i bristtäckningsansvaret. 12 kap. 5 § andra stycket ABL 75 angav att de som medverkat till ett beslut om en olovlig utbetalning eller till dess verkställande kunde bli ansvariga för eventuella brister i återbäringen. Precis som tidigare innehöll bristtäckningsansvarsbestämmelsen en hänvisning till aktiebolagsrättsliga skadeståndsbestämmelser. Således fortsatte kraven på uppsåt, oaktsamhet samt grov oaktsamhet att gälla. Trots detta gav varken lagen eller dess förarbeten någon närmare vägledning beträffande de subjektiva rekvisitens innebörd.²⁶²

²⁶⁰ NJA 1951 s. 6 I, s. 26.

²⁶¹ NJA 1966 s. 475, s. 488.

²⁶² Se prop. 1975:103, s. 486.

I brist på senare relevanta rättsfall kom den äldre rättspraxisen på området att granskas och tolkas av de mer samtida rättsvetenskapsmännen. Nerep behandlar NJA 1951 s. 6 I och tolkar rättsfallet som att oaktsamhetsrekvisitet innebär ett krav på insikt och brist på omsorg. Mot denna bakgrund formulerar Nerep regeln att det åtminstone vid lånetransaktioner krävs att bolagsorgan eller aktieägare insett eller bort insett omständigheter som föranledde olovligheten för att bristtäckningsansvar ska kunna göras gällande.²⁶³ Nerep grundar regeln på slutsatsen att om den medverkande bort insett ett visst förhållande så inbegriper det ett konstaterande om att vederbörande inte visat tillräckligt stor omsorg vid beslutet eller verkställandet. Eftersom denna slutsats kan anses allmängiltig vid olovliga utbetalningar kan regeln appliceras på samtliga typer av sådana utbetalningar och inte bara lånetransaktioner.

Den generella regel som kan härledas ur NJA 1951 s. 6 I är därmed, enligt Nerep, att bristtäckningsansvar förutsätter att den medverkande insett eller bort insett att transaktionen utgjorde en utbetalning samt att den var olovlig enligt utbetalningsreglerna. I anslutning härtill framhåller Nerep att bedömningen av vad den medverkande bort insett kan grundas på den prövning som vederbörande bort företa för att avgöra frågan om transaktionen utgjorde en olovlig utbetalning.²⁶⁴ Nereps tolkning av NJA 1951 s. 6 I vinner stöd av Posselius, Grosskopf, Gometz och Huldén som också anser att den medverkande ska ha insett eller bort insett att transaktionen utgjorde en olovlig utbetalning.²⁶⁵

Även Andersson försökte besvara frågan om de subjektiva rekvisitens innebörd. Vad gäller olovliga *öppna* utbetalningar ansluter sig Andersson mot bakgrund av rättspraxis till uppfattningen att de subjektiva rekvisiten ska förstås som vad den medverkande insett (uppsåt), måste insett (grov oaktsamhet) eller bort insett (oaktsamhet) beträffande utbetalningens olovlighet.²⁶⁶ Vad däremot gäller olovliga *förtäckta* utbetalningar anser Andersson att de subjektiva rekvisiten bör motsvara vad som gäller enligt återbäringskyldighetens godtrosskydd. Det vore att föra det för långt att kräva att den medverkande ska vara i ond tro om de omständigheter som föranleder olovligheten. En sådan ordning för olovliga förtäckta utbetalningar skulle ge den medverkande ett starkare skydd än vad hans eller hennes skyddsvärde motiverar. Följaktligen menar Andersson att det för bristtäckningsansvar vid olovliga förtäckta utbetalningar enbart förutsätts att vederbörande var i ond tro om att transaktionen innefattade en förtäckt utbetalning.²⁶⁷ Andersson påpekar dock att rättspraxis inte ger något slutligt svar och att rättsläget således är oklart.²⁶⁸

²⁶³ Nerep, 1994, s. 394.

²⁶⁴ Nerep, 1994, s. 397.

²⁶⁵ Posselius m.fl., 2000, s. 41.

²⁶⁶ Andersson, 1995, s. 725 och Andersson, 2010, s. 234.

²⁶⁷ Andersson, 1995, s. 726 f.

²⁶⁸ Andersson, 1995, s. 728 f. Se även Andersson, 2010, s. 234.

Sedermera infördes ABL och bestämmelsen om bristtäckningsansvar och de subjektiva rekvisiten samlades i 17 kap. 7 §. Således stadgar bestämmelsen i likhet med sin föregångare att de personer som medverkat till ett beslut om en värdeöverföring eller till dess verkställande, är ansvariga för eventuella brister i återbäringen under förutsättning att det beträffande bland andra styrelseledamot eller verkställande direktör föreligger uppsåt eller oaktsamhet och såvitt gäller aktieägare minst grov oaktsamhet.

Lagstiftaren har inte heller vad gäller ABL valt att närmare klargöra de subjektiva rekvisitens innebörd med undantag för två föga vägledande uttalanden i förarbetena.²⁶⁹ Vad gäller kravet på uppsåt anges att det ska anses uppfyllt när den medverkande haft vetskap om de faktiska förhållanden som innebär att beslutet innefattade en olovlig värdeöverföring. Förarbetena berör även *oegentlig rättsvillfarelse* och uttalar att den medverkande kan undgå ansvar om han eller hon har gjort en rättslig felbedömning av innebörden i en viss transaktion och felbedömningen framstår som ursäktlig.²⁷⁰

6.4 Utrymmet för jämkning av bristtäckningsansvaret

Om någon eller samtliga aktieägare befins vara bristtäckningsansvariga ges en sista möjlighet att undgå ansvar genom hänvisningen i 17 kap. 7 § fjärde stycket till 29 kap. 5 §. Enligt hänvisningen tillåts jämkning av bristtäckningsansvaret i den utsträckning det är skäligt med hänsyn till *handlingens art, skadans storlek samt omständigheterna i övrigt*. 29 kap. 5 § har avfattats i syfte att uppnå en lämplig balans mellan organledamöternas incitament att fullgöra sina skyldigheter och intresset av att undvika orimliga skadeståndsanspråk. Lagstiftaren har överlämnat åt rättstillämpningen att avgöra hur bestämmelsens jämkningsgrunder närmare ska förstås och tillämpas.²⁷¹ Dock har frågan om jämkning av bristtäckningsansvar inte behandlats i rättspraxis ännu.

Både lagstiftaren och litteraturen är emellertid eniga om att den allmänna skadeståndsrättsliga jämkningsregeln i 6 kap. 2 § SkL och dess förarbeten kan ge vägledning i tillämpningen av det aktiebolagsrättsliga jämkningsinstitutet.²⁷² Av dess förarbeten framgår att regleringen utgår från den principiella uppfattningen att den skadelidandes intresse av att få full ersättning för sin skada bör tillgodoses så långt som möjligt men att visst utrymme för jämkning kan vara motiverat i undantagsfall.²⁷³ Således ska jämkningsmöjligheten tillämpas restriktivt.

²⁶⁹ Jfr SOU 1997 s. 168, s. 84 och prop. 2004/05:85, s. 395 ff. och 757 ff.

²⁷⁰ Prop. 2004/05:85, s. 758.

²⁷¹ Prop. 1997/98:99, s. 184.

²⁷² SOU 1995:44, s. 249, Johansson, 2011, s. 378 och Lindskog, 1995, s. 135.

²⁷³ SOU 1995:44, s. 249.

Med rekvisitet ”handlingens art” torde avses karaktären hos den bristtäckningsansvarsgrundande medverkanshandlingen. Troligtvis ska handlingens såväl objektiva som subjektiva karaktär få betydelse. Den subjektiva karaktären torde i så fall utgå från det mått av oaktsamhet den bristtäckningsansvarige visat. Detta vinner stöd i äldre förarbeten som uttalar att om en styrelseledamot ådragit sig ersättningsskyldighet i förhållande till bolaget och hans eller hennes oaktsamhet bedöms som ringa, kan ansvaret komma att jämkas.²⁷⁴

Även beträffande rekvisitet ”skadans storlek”, som här avser bristtäckningsansvarets omfattning, kan den visade oaktsamheten få betydelse. Bristtäckningsansvaret kan komma att jämkas om oaktsamheten uppfattas som ringa och det med hänsyn därtill framstår som orimligt att kräva fullt ansvar.²⁷⁵

Vad gäller rekvisitet ”omständigheterna i övrigt” torde framför allt sociala skäl kunna tala för jämkning med grund i den ersättningsskyldiges ekonomiska ställning.²⁷⁶ Dock erinrar förarbetena om att jämningsmöjligheten enbart är avsedd att förhindra klart orimliga resultat för den ersättningsskyldige och inte att förhindra att han eller hon åläggs kännbart ersättningsansvar.²⁷⁷

Jämkningsansvaret har behandlats sparsamt i litteraturen. En av de författare som berör frågan är Lindskog som anser att om en värdeöverföring är olovlig enligt täckningsprincipen eller försiktighetsregeln bör bristande faktiskt borgenärsskyddsbehov kunna föranleda jämkning.²⁷⁸ Denna uppfattning har kritiserats av Kleineman som menar att det inte kan sättas någon definitiv gräns för borgenärernas skyddsbehov eftersom hänsyn ska tas även till framtida borgenärs behov.²⁷⁹ En annan åsikt i litteraturen är att man i jämningsprövningen bör beakta huruvida det i bolaget finns dolda reserver som är tillräckligt stora för att täcka den olovliga värdeöverföringen.²⁸⁰

6.5 Analys

6.5.1 Återbäringskyldighetens godtrosskydd

Prövningen av om rättsverkningar kan utebli tar sin början i återbäringskyldighetens godtrosskydd. För att undgå skyldigheten måste mottagaren vid tillfället då han eller hon mottog bolagets prestation varken ha insett eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget. Mottagarens onda tro behöver inte omfatta själva olovligheten. Vid

²⁷⁴ SOU 1941:9 s. 654 f.

²⁷⁵ Jfr SOU 1941:9 s. 655.

²⁷⁶ SOU 1941:9 s. 655 och prop. 1975:12, s. 176.

²⁷⁷ Prop. 1975:12, s. 177.

²⁷⁸ Lindskog, 1995, s. 135.

²⁷⁹ Kleineman, JT 1994/95, s. 461.

²⁸⁰ Lindskog, 1995, s. 135 och Löfgren m.fl., 2012, s. 87.

överlåtelse av egendom från ett fåmansbolag till ett närstående bolag som beslutats genom aktieägarnas samtyckesbehörighet gäller att mottagaren indirekt är samma aktieägarkollektiv som också indirekt är överlåtare. Vad *aktieägarna insett eller bort inse* ska således även tillskrivas närstående bolaget i dettas egenskap av mottagare. Har aktieägarna *medvetet* valt att utforma transaktionen som en värdeöverföring spelar det mot bakgrund av förarbetsuttalandena ingen roll att de i sin preliminära försvarlighetsprövning funnit värdeöverföringen vara lovlig. Så fort aktieägarna insett eller bort inse att transaktionens utformning innebar en värdeöverföring och denna visar sig vara olovlig så uppstår återbäringskyldighet för närstående bolaget. Detta följer av lagens ordalydelse och är inget som åsikter i litteraturen om att utrymmet för att omfattas av godtrosskyddet borde vara avsevärt kan ändra.

Har aktieägarna däremot försökt utforma transaktionen som en rent affärsmässig transaktion men en olovlig värdeöverföring ändå anses föreligga på grund av värderingsproblematiken är återbäringskyldigheten inte lika given. För sådana fall måste det företas en bedömning av om aktieägarna bort inse att egendomsöverlåtelsen de facto innebar en värdeöverföring. Avgörande i denna bedömning torde framför allt vara om det finns en fungerande marknad för egendomen, om egendomen är föremål för snabba prisfluktuationer, vilken värderingsmetod som tillämpats och vilket underlag aktieägarna i övrigt utgått från vid sitt fastställande av marknadsvärdet. Det är min åsikt att det i denna bedömning borde finnas visst utrymme för att med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet nå slutsatsen att aktieägarna inte bort inse värdeöverföringen och följaktligen att närstående bolaget inte är återbäringskyldigt.

6.5.2 Bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit

Går man över till bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit bör först viss uppmärksamhet ägnas åt de olika grunder på vilka aktieägarna kan träffas av ansvaret. För det fall beslutet om transaktionen fattats av aktieägarna formlost enligt samtyckesbehörigheten, vilket torde vara det vanligaste i dylika sammanhang, kan också samtliga aktieägare bli bristtäckningsansvariga om de agerat *uppsåtligt* eller *grovt oaktsamt*. Men även det lägre kravet om *oaktsamt* agerande kan komma att aktualiseras om några eller någon av aktieägarna agerat i egenskap av styrelseledamot eller verkställande direktör. En konsekvens härav är att om agerandet enbart anses oaktsamt kan vissa aktieägare gå fria från ansvar medan de som agerat i annan egenskap än aktieägare kan bli ensamt ansvariga.

Vidare kan konstateras att Ribens argumentation för ett strängt subjektivt rekvisit numer är irrelevant då värdeöverföringsreglerna i ABL uttryckligen är direkt tillämpliga även på förtäckta värdeöverföringar. Det rör sig inte längre om någon analog tillämpning som kan behöva begränsas. Då återstår Nereps och Anderssons uppfattningar som är förenliga till den del att de båda utgår från att de subjektiva rekvisiten motsvaras av vad den

medverkande *insett*, *måste insett*, eller *bort inse*. Däremot är Nerep och Andersson inte överens om vad den onda tron ska omfatta. Anderssons uppfattning innebär att de subjektiva rekvisiten motsvarar återbäringskyldighetens godtrosskydd varmed bristtäckningsansvaret helt skulle följa återbäringskyldigheten. Nerep uppställer något strängare krav för bristtäckningsansvar i det att den onda tron även ska ha omfattat själva olovligheten. Genom sitt uttalande om att uppsåtskravet förutsätter faktisk insikt om de faktiska förhållanden som innebär att beslutet innefattade en olovlig värdeöverföring, förefaller lagstiftaren ha tagit ställning för Nereps uppfattning. Uttalandet måste nämligen tolkas som ett uttryck för att den onda tron även ska omfatta de omständigheter som föranleder olovligheten. Men med hänsyn till att frågan inte behandlats i rättspraxis kan något definitivt svar på frågan om vad den onda tron ska omfatta inte ges. Klart är emellertid att visst utrymme finns för ursäktliga rättsliga felbedömningar av innebörden i en viss transaktion.

Slutsatsen beträffande bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit är att de antingen kan innebära att den onda tron ska omfatta att transaktionen utgör en *värdeöverföring* eller att transaktionen utgör en *olovlig värdeöverföring*. Det förra alternativet skulle medföra att bristtäckningsansvar alltid föreligger så fort närstående bolaget anses återbäringskyldigt. Det senare alternativet skulle ge de aktuella personkretsarna ett starkare skydd där bristtäckningsansvar inte är en nödvändig följd av återbäringskyldigheten. Istället måste det företas en bedömning av om vederbörande måste insett eller bort inse olovligheten. Bedömningen bör, precis som Nerep framhåller, utgå från den prövning aktieägarna bort företa för att försäkra sig om att transaktionen var lovlig. För det fall aktieägarna vidtagit vederbörliga åtgärder för att fastställa marknadsvärdet men värderingen ändå visar sig felaktig, finns det enligt den av Nerep förespråkade ordningen utrymme för att vara i god tro beträffande olovligheten. Detsamma gäller om en värdeöverföring som efter en saklig försvarlighetsprövning framstår som lovlig ändå visar sig vara olovlig. Detta torde särskilt gälla med hänsyn till utrymmet för ursäktliga rättsliga felbedömningar.

6.5.3 Bristtäckningsansvarets jämningsutrymme

Av vad som ovan framförts om utrymmet för jämkning av bristtäckningsansvaret kan konstateras att man för att över huvud taget ska kunna göra en ansats till att fastställa jämningsutrymmet, måste utgå från uttalanden i förarbetena till den allmänna jämningsregeln i 6 kap. 2 § SkL. Redan av denna anledning är jämningsutrymmet högst osäkert. Vid ett beaktande av förarbetena till 6 kap. 2 § SkL förefaller jämningsmöjligheten vara intimt förknippad med den *grad av oaktsamhet* som den bristtäckningsansvarige visat. Som utgångspunkt torde gälla att om man i prövningen av bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit kommit fram till att oaktsamhet föreligger så bör man nå samma slutsats i jämningsprövningen. Jämningsutrymmet torde därmed vara väldigt litet. Dock kan särskilda skäl i det enskilda fallet påkalla undantag från denna

huvudregel. Men vad som skulle kunna utgöra sådana särskilda skäl är osäkert enligt gällande rätt. Mot denna bakgrund bör aktieägare i ett fåmansbolag som befunnits bristtäckningsansvariga för en olovlig värdeöverföring till ett närstående bolag utgå från att någon jämkning knappast är möjlig.

7 Slutsatser

Det inledande exemplet under 1.1 (där läsaren ombads reflektera över en fiktiv situation) åskådliggjorde den problematik framställningen behandlat genom tre frågeställningar. Den övergripande frågan har varit om det på förhand går att avgöra huruvida en viss utformning av en överlåtelse av egendom från ett fåmansbolag till ett närstående bolag är förenlig med 17 kap. eller inte.

I avsnitt 4 har det beträffande gränsen mellan rent affärsmässiga transaktioner och förtäckta värdeöverföringar dragits slutsatsen att det enda säkra sättet för aktieägare i fåmansbolaget att helt undgå tillämpning av 17 kap. är att företa överlåtelsen till marknadsvärdet. Saknas en fungerande marknad är detta alternativ i motsvarande grad förenat med risker. Dessa slutsatser innebär att aktieägare som vill hålla sig utanför värdeöverföringsreglerna måste företa överlåtelsen till marknadsvärdet. Men ibland räcker inte ens denna försiktighetsåtgärd utan 17 kap. kan aktualiseras oavsett.

I avsnitt 5 har det beträffande gränsen mellan lovliga och olovliga värdeöverföringar dragits slutsatsen att formföreskrifterna i 17 och 18 kap. inte hindrar förtäckta värdeöverföringar. Vidare har konstaterats att täckningsprincipen ofta är enkel att förhålla sig till då det är tydligt och klart hur den ska tillämpas och då den utgår från poster i bolagets redovisning. En tredje slutsats är att försiktighetsregelns konkreta tillämpning är förknippad med stor osäkerhet förutom i uppenbara fall. Osäkerheten härrör ur regelns allmänt hållna avfattning och avsaknaden av vägledande rättspraxis. Slutsatserna innebär att aktieägarna samfällt och formlöst kan besluta om en värdeöverföring. Slutsatserna innebär även att det förutom i de mer uppenbara fallen av verksamhetsrisker, konsolideringsbehov eller likviditetsbrist alltid föreligger osäkerhet kring försiktighetsregelns tillämpning och därmed även kring överlåtelsens lovlighet.

I avsnitt 6 har det beträffande möjligheten att undgå rättsverkningar dragits slutsatsen att såväl återbäringsskyldighetens godtrosskydd som bristtäckningsansvarets subjektiva rekvisit och jämningsutrymme utgår från vad aktieägarna insett, måste insett eller bort inse om transaktionen. Slutsatsen innebär att om aktieägarna medvetet väljer att utforma egendomsöverlåtelsen som en värdeöverföring så uppfyller de insiktskraven på ett sådant sätt att de i princip inte kan undgå att träffas av rättsverkningar. Om aktieägarna däremot missbedömer marknadsvärdet på grund av värderingsproblematiken och därigenom företar en värdeöverföring utan att vara medvetna om det, finns det åtminstone ett litet utrymme för att rättsverkningar helt kan utebli.

Framställningens slutsatser visar att det knappast är möjligt att på förhand med säkerhet uttala sig om huruvida en viss överlåtelse är förenlig med 17

kap. Frågan är då vilka konsekvenser det kan få att det inte går att ge något tydligt förhandsbesked i lovlighetsfrågan. Nedan redogörs för de i sammanhanget mest centrala effekterna.

Värderingsproblematiken och försiktighetsregelns karaktär av generalklausul torde för aktieägarnas del ge upphov till olika handlingsmönster beroende på vilka intentioner aktieägarna har. För sådana aktieägare som framställningen utgår från, det vill säga sådana som vill agera lagenligt och hålla sig inom de rättsliga ramarna, kan värderingsproblematiken och försiktighetsregeln i förening med risken för långtgående rättsverkningar verka avskräckande. Värdeöverföringsreglerna kan då avhålla aktieägare i fåmansbolag från att i effektiviserings- och renodlingssyfte överlåta egendom till ett närstående bolag vare sig som värdeöverföring eller som rent affärsmässig transaktion. Därmed är det inte omöjligt att värdeöverföringsreglerna kan förhindra effektiviseringar och expansionsmöjligheter inom det svenska näringslivet. Det finns således en risk för att värdeöverföringsreglernas utformning är suboptimala ur samhällsekonomisk synvinkel. En sådan ordning går stick i stäv med aktiebolagsformens övergripande syfte att bidra till att samhället har en väl fungerande marknadsekonomi.

Ser man istället till aktieägare i fåmansbolag som vill undandra borgenärerna egendom eller i övrigt tillskansa sig egendom på bolagets bekostnad, kan de utnyttja det osäkra rättsläget för spekulation i risken för uppdragande av olovliga förtäckta värdeöverföringar. Mer konkret kan sådana aktieägare utnyttja värderingsproblematiken och försiktighetsregelns gråzon för att i det fördolda föra ut värden ur bolag genom olovliga förtäckta värdeöverföringar i förhoppningen att värdeöverföringarna aldrig upptäcks. Härigenom framträder den något oväntade men likväl påtagliga risken för att försiktighetsregeln, vars ändamål är att försäkra borgenärerna ett visst reellt skydd, i vissa fall kan få den helt motsatta effekten och istället gynna kringgåendet av borgenärsskyddsreglerna.

Vidare i borgenärsperspektivet kan osäkerheten kring förenligheten med värdeöverföringsreglerna i dylika sammanhang få två olika tänkbara effekter på konkursförvaltares benägenhet att angripa närståendetransaktioner. En möjlighet är att konkursförvaltare utnyttjar osäkerheten och chansar på framgång med en återbärings- och bristtäckningstalan alternativt skadeståndstalan. Men med hänsyn till frånvaron av vägledande rättsfall på området förefaller oklarheten inte ha denna effekt. En bidragande orsak till bristen på rättsliga avgöranden kan vara det osäkra rättslägets avskräckande effekt och att många tilltänkta närståendetransaktioner aldrig genomförs. Den andra och mer sannolika förklaringen är att konkursförvaltare avstår från att angripa närståendetransaktioner där man enbart kan grunda sin talan på försiktighetsregeln och där det inte är uppenbart att värdeöverföringen är oförsvarlig. Även denna omständighet belyser det paradoxala i att försiktighetsregeln genom sin generalklausulskarakteristik kan leda till att borgenärernas ställning försämras.

Av det ovan anförda följer att den rådande oklarheten inte är till gagn för någon. Vare sig aktieägarna, borgenärerna, aktiebolagsformens syften eller samhället i stort gynnas av det osäkra rättsläget vid överlåtelse av egendom från fåmansbolag till närstående bolag. Samtliga dessa intressen hade varit bättre betjänade av ett klart och tydligt rättsläge för sådana situationer. Om den rådande oklarheten utgör tillräckligt skäl för en översyn av de nuvarande värdeöverföringsreglerna kvarstår att utreda. Detsamma gäller den eventuella frågan om hur värdeöverföringsregleringen i så fall bäst bör konstrueras istället. Klart är åtminstone att ett eller flera vägledande rättsfall på området skulle hjälpa till att skingra några av oklarheterna.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1975:12. Regeringens proposition med förslag till lag om ändring i skadeståndslagen (1972:207), m.m.

Prop. 1975:103. Regeringens proposition med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.

Prop. 1997/98:99. Aktiebolagets organisation.

Prop. 2004/05:85. Ny aktiebolagslag.

SOU 1941:9. Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m.

SOU 1942:2. Betänkande med förslag till lag med särskilda bestämmelser om begränsning av vinstutdelning från aktiebolag.

SOU 1947:84. Betänkande med förslag om utdelningsstopp och spärrkontoavsättning för aktiebolagen.

SOU 1995:44. Aktiebolagets organisation.

SOU 1997:168. Vinstutdelning i aktiebolag.

Litteratur

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag, En lärobok*, 4 uppl., LitteraturCompagniet, Stockholm, 2002.

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag: en lärobok*, 6 uppl., LitteraturCompagniet, Stockholm, 2010.

Andersson, Jan, *Nettometoden de lege lata – en kommentar med utgångspunkt i HD:s avgöranden*, del I, SvJT 1996 s. 277–327.

Andersson, Jan, *Nettometoden de lege lata – en kommentar med utgångspunkt i HD:s avgöranden*, del II, SvJT 1996 s. 426–447.

Andersson, Jan, *Om verkliga värden och den aktiebolagsrättsliga världen*, SvJT 1993 s. 566–582.

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

- Andersson, Sten, Johansson, Svante & Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen, En kommentar*, Zeteo [elektronisk resurs] uppdaterad per 1 januari 2012, Norstedts Juridik, Stockholm 2012.
- Bergström, Clas & Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
- Danielsson, Erik, *Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst i aktiebolag*, SvJT 1954 s. 571–582.
- Engström, Stefan & Johansson, Martin, *Värdeöverföring från aktiebolag – tillämpning av belopps- och försiktighetsreglerna*, Balans nr 1 2007 s. 40–44.
- Grosskopf, Göran, *Olovlig vinstutdelning – bolagsrättsliga och skatterättsliga synpunkter*, SN 1993 s. 109–117.
- Grosskopf, Göran, *Vinstbolag, aktiebolags- och skatterättsliga frågor*, 1 uppl., Snogeholms utbildnings, Malmö, 1989.
- Gometz, Ulf & Huldén, Lennart, *Utdelning av sakvärden – bruttometod eller nettometod?*, Balans nr 12 1992 s. 35–39.
- Johansson, Svante, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 10 uppl., Norstedts Juridik, 2011.
- Johansson, Svante, & Pehrson, Lars, *Nettometoden*, JT 1995/96 s. 820–827.
- Kedner, Gösta, *Utdelningsbelopp skall inkludera skatt på utdelad egendom*, Balans nr 9 1983 s. 14–19.
- Kleineman, Jan, *Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation*, JT 1994/95 s. 430–463.
- Lehrberg, Bert, *Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”*, SvJT 2012 s. 537–575.
- Lindskog, Stefan, *Aktiebolagslagen, 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation*, 2 uppl., Juristförlaget JF, Stockholm, 1995.
- Lindskog, Stefan, *Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar*, JT 1992/93 s. 82–103.
- Lindskog, Stefan, *Om aktiebolagsanspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s.k. bristtäckningsansvar*, SvJT 1992 s. 81–107.
- Lindskog, Stefan, *Om verkliga värden och den aktiebolagsrättsliga världen – replik*, SvJT 1993 s. 927–928.

- Löfgren, Kent, Fagerberg, Kerstin, Lagrstedt Anders, Persson Österman, Roger & Svensson, Bo, *Personligt ansvar vid likvidationsplikt, värdeöverföringar, företrädaransvar samt skattefrågor vid obestånd*, 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
- Margulies, Harry & Roos, Carl Martin, *Utdelning av dolda reserver*, Balans nr 8 1981 s. 26–33.
- Nerep, Erik, *Aktiebolagslagens »nya« försiktighetsregel – bestående rättsosäkerhet*, NTS 2009:4 s. 46–69.
- Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättslig analys, Ett tvärsnitt av nyckelfrågor*, Stiftelsen MercurIUS, Stockholm, 2003.
- Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet*, Juristförlaget JF, Stockholm, 1994.
- Nerep, Erik, *Frågan om brutto- respektive nettometodens tillämplighet vid utdelning av sakvärden i aktiebolag slutligt avgjord*, SvSkT 1996 s. 74–83.
- Nerep, Erik, *Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag*, SvSkT 1993 s. 353–409.
- Nerep, Erik, *Utdelning av sakvärden i aktiebolag (brutto- respektive nettometoden); kommentar med anledning av ett hovrättsavgörande*, JT 1993/94 s. 641–649.
- Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslagen – en djupkommentar*, Karnov [elektronisk resurs] uppdatering 2012:2, Karnov Group, Stockholm, 2012.
- Nial, Håkan, *Om aktiebolaget*, P. A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1947.
- Pehrson, Lars, *Olovlig vinstutdelning än en gång*, JT 1992/93 s. 969–971.
- Posselius, Elisabet, Grosskopf, Göran, Gometz, Ulf & Huldén, Lennart, *Skyddet för aktiebolagets egna kapital*, 4 uppl., Ernst & Young, Stockholm, 2000.
- Rodhe, Knut, *Aktiebolagsrätt*, 17 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1995.
- Sacklén, Mats, *Om skyddet för aktiebolagets borgenärer*, SvJT 1994 s. 136–178.
- Sacklén, Mats, *Om värdebestämningen vid sakutdelning*, JT 1994/95 s. 79–94.

Sandström, Torsten, *Kan dolda reserver utdelas i smyg?*, Balans nr 2 1982 s. 25–27.

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

Skog, Rolf, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 23 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Thorell, Per, *Redovisningen som grund för vinstutdelning*, JT 2005/06 s. 366–394.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1920 s. 231

NJA 1951 s. 6 I och II

NJA 1962 s. 461

NJA 1966 s. 475

NJA 1980 s. 311

NJA 1990 s. 343

NJA 1995 s. 742

NJA 1997 s. 418

NJA 1999 s. 426

NJA 2005 s. 608

Regeringsrätten

RÅ 1982 1:45

Hovrätterna

Hovrätten för Västra Sveriges dom 1993-12-16 mål T 616/91

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 1994-03-24 mål nr T 93/92

Svea hovrätts dom 2012-03-12 mål nr T 3684-11

Svea hovrätts dom 2012-09-26 mål nr T 7739-11

Svea hovrätts dom 2012-12-07 mål nr T 1325-12

Tingsrätterna

Huddinge tingsrätts dom 1992-04-08 mål nr T 482/91

Karlstad tingsrätts dom 1991-11-25 mål nr T 884/90

Malmö tingsrätts dom 1992-01-17 mål nr T 3110-89

Stockholm tingsrätts dom 1991-12-13 mål nr T 6-129-91