



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Axel Aurell

# Vem kan tacka och ta emot?

Om möjligheten att genomföra förtäckta värdeöverföringar  
till utomstående

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Per Samuelsson

Termin för examen: Period 1 HT 2018

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod	10
1.5 Material	12
1.6 Disposition	14
<b>2 DET SVENSKA KAPITALSYSTEMET I KORT ÖVERSIKT</b>	<b>15</b>
2.1 Inledning	15
2.2 Aktiekapitalet och dess uppbyggnad	16
2.3 Kapitalskyddet	17
<b>3 VÄRDEÖVERFÖRINGAR FRÅN BOLAGET</b>	<b>19</b>
3.1 Värdeöverföringsbegreppet	19
3.2 Lovlighetsprövningen	20
3.2.1 Beloppsspärren och försiktighetsregeln	23
3.3 Rättsverkan av en olovlig värdeöverföring	27
3.3.1 Återbäringsskyldighet	28
3.3.1.1 Återbäringsskyldighetens tillämplighet	30
3.3.2 Bristtäckningsansvar	33
3.4 Summering	35
<b>4 BEGREPPET FÖRTÄCKT VÄRDEÖVERFÖRING</b>	<b>37</b>
4.1 Annan affärshändelse	38

<b>4.2 Förmögenhetsminskning</b>	<b>39</b>
4.2.1 Direkt och indirekt förmögenhetsminskning	43
<b>4.3 Rent affärsmässig karaktär för bolaget</b>	<b>45</b>
4.3.1 Objektiv eller subjektiv bedömning?	48
<b>5 VÄRDEÖVERFÖRINGAR TILL UTOMSTÅENDE</b>	<b>60</b>
5.1 Omfattas utomstående av begreppet förtäckt värdeöverföring?	61
<b>6 NEREPS STÅNDPUNKTER</b>	<b>69</b>
<b>7 ANALYS OCH SLUTSATSER</b>	<b>80</b>
<b>BILAGA</b>	<b>88</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>89</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>94</b>

# Summary

A value transfer means that a limited company makes a payment without compensation to someone else. There are different types of value transfers, but the one to be discussed within the scope of this thesis is the covert value transfer. The definition of a covert value transfer is found in chapter 17 section 1 paragraph 1 period 4 of the Swedish Companies Act and is defined as “another business event causing a company’s assets to be reduced and not being of a purely commercial nature for the company”. Such value transfers are unlawful, unless all shareholders have agreed to implement them.

The problem is how the delimitation should be made between, on the one hand, a covert value transfer and on the other hand a bad business deal on the part of the company. The fact that a business deal *ex post* is revealed to have contained an element which was not of a purely commercial nature does not mean that it should be classified as a value transfer. Therefore one of the key issues this thesis sets out to investigate is whether it is possible to draw a line between what is to be considered a bad business deal and when a covert value transfer is considered to exist.

The other key issue regards who can be the recipient of a covert value transfer, and more specifically the question of whether it is possible to carry out a covert value transfer to someone entirely outside the company. In August of 2018, Erik Nerep, professor in Swedish and International Trade Law at the Stockholm School of Economics, published an essay, in which he argues that covert value transfers are only possible to carry out to recipients who are shareholders in the company or to the shareholders’ related parties. In light of Nerep’s essay, the question of the recipient circle will be investigated.

The conclusion regarding the first question is that it is not possible to draw a clear boundary between when a transaction constitutes a bad business deal

and when it is considered a covert value transfer. This is because of the ambiguity of the text of the law and the legislative history. This ambiguity has given rise to different opinions in the jurisprudence. In the end, it will be a matter for the Supreme Court to decide how the problem should be solved.

Regarding who can be the recipient of a covert value transfer, the conclusion is that the law should be interpreted as meaning that anyone, not just shareholders and their related parties should be considered to be included by the scope of the law regarding covert value transfers. This conclusion is reached since it is required by the purpose of the law, which is to protect the company's creditors.

# Sammanfattning

En värdeöverföring innebär att ett bolag gör en vederlagsfri utbetalning till någon annan. Det finns olika typer av värdeöverföringar, men den som ligger i fokus för denna uppsats är den förtäckta värdeöverföringen, som finns i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL och definieras som en ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”. Sådana värdeöverföringar är olovliga om inte samtliga aktiebolagets aktieägare har samtyckt till att genomföra dem.

Bekymret är hur gränsdragningen ska göras mellan å ena sidan en förtäckt värdeöverföring och å andra sidan en dålig affär från bolagets sida. Att en affär där det ex post uppdragas att bolagets transaktion innehöll ett moment som inte var rent affärsmässigt, innebär inte att den ska klassificeras som en värdeöverföring. Därför är en av de centrala frågorna uppsatsen ämnar utreda om det går att göra en gränsdragning mellan vad som anses utgöra en dålig affär och när en förtäckt värdeöverföring anses föreligga.

Den andra centrala frågan rör vem som kan vara mottagare av en förtäckt värdeöverföring, och då närmare bestämt frågan om det är möjligt att genomföra förtäckta värdeöverföringar till för bolaget helt utomstående personer. I augusti 2018 utkom en uppsats skriven av Erik Nerep, professor i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm. I uppsatsen argumenterar han för att förtäckta värdeöverföringar endast är möjliga att genomföra till mottagare som är aktieägare i bolaget eller till aktieägarnas närstående. Mot bakgrund av Nereps uppsats ska frågan om mottagarkretsen utredas.

Slutsatsen för den första frågan är att det inte går att dra någon tydlig gräns mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring eftersom lagtexten och förarbetenas otydlighet har skapat skilda åsikter i doktrinen. Det kommer

slutligen bli en fråga för Högsta domstolen att avgöra hur en sådan gränsdragning ska göras.

Vad gäller mottagarkretsen för förtäckta värdeöverföringar blir slutsatsen att gällande rätt bör tolkas så att även utomstående personer ska anses omfattas av värdeöverföringsbestämmelserna eftersom detta är påkallat av värdeöverföringsbestämmelsernas ändamål, att skydda bolagets borgenärer.

# Förord

I förordet är det brukligt att tacka, och efter mina fantastiska år i Lund skulle jag så gärna vilja tacka alla som förgyllt min tillvaro och nämna er vid namn. Då hade dock en redan lång uppsats tyvärr blivit alltför lång. Så jag ska försöka fatta mig kort.

För uppsatsens ämne vill jag inledningsvis rikta ett stort tack till Rolf Skog.

Tack mamma och pappa, inte så mycket för er juridiska rådgivning utan mest för allt annat, exempelvis Sara och Ebba. Det har ni gjort bra!

Mina fantastiska vänner i GB, tack för en förhoppningsvis livslång vänskap. Till alla underbara människor i Lundaspexarna, Doluspexet och Lundakarnevalen, utan er hade jag nog blivit klar någon termin tidigare, men jag hade inte haft lika roligt under tiden. Tack ska ni ha.

Sist men inte minst, Frida, tack för allt.

*Lyckans gudinna mot mig varit snäll.*

*Jag känner mig högligen lycklig och säll!*



Axel Aurell

Göteborg, den 8 januari 2019



# Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
ABL 1910	Lag (1910:88) om aktiebolag
ABL 1944	Lag (1944:705) om aktiebolag
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BFL	Bokföringslag (1999:1078)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EU	Europeiska unionen
Ds	Departementsserien
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
KonkL	Konkurslag (1987:672)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTS	Nordisk Tidskrift for Selskabsret
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)
ÄABL	Aktiebolagslag (1975:1385)

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den vanligaste svenska associationsformen idag är aktiebolaget. Det kanske främsta kännetecknet för aktiebolaget, och troligtvis anledningen till att just den associationsformen har blivit så lyckad, är att dess ägare inte har något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser. I och med denna ägarnas avsaknad av personligt ansvar uppstår en risk att aktieägarna eller bolagets ledning disponerar över bolagets tillgångar på ett sådant sätt att bolagets borgenärer riskerar att komma till skada. Borgenärernas främsta säkerhet för sina fordringar utgörs av bolagets kapital, och därför har de ett stort intresse av att detta kapital inte för lättvindigt lämnar bolaget. Mot detta intresse ställs aktieägarnas intresse av att fritt få disponera bolagets kapital och få utdelning för sina investeringar. Det måste därför uppställas en gräns för hur stor del av bolagets kapital som fritt får disponeras och hur stor del som ska finnas kvar i bolaget, som skydd för borgenärernas fordringar. Av denna anledning har det uppställts regler, så kallade kapitalskyddsregler, som reglerar hur bolagets tillgångar får överföras från bolaget till aktieägare eller utomstående. Kapitalskyddsreglerna tar sikte på sådana prestationer som från bolagets sida helt eller delvis är vederlagsfria, det vill säga att prestationen i någon mening är ensidig. Den vanligaste sådana prestationen får antas vara vinstutdelning, där bolaget utbetalar en viss summa pengar per aktie till aktieägarna utan att få något tillbaka. Kapitalskyddsreglerna finns uppställda i 17-21 kap. ABL. För denna uppsats kommer i stort sett endast kapitalskyddsreglerna i 17 kap. ABL att behandlas. Detta kapitel innehåller bestämmelser om så kallade värdeöverföringar från bolaget.

En värdeöverföring kan vara både öppen och förtäckt, lovlig och olovlig, beroende på omständigheter kring det enskilda fallet. Värdeöverföringar som fenomen har varit, och är fortfarande flitigt omdiskuterat i doktrinen, och trots att lagstiftaren vid införandet av den nuvarande ABL sökte bringa

klarhet i hur bestämmelserna om värdeöverföringar ska tolkas kvarstår fortfarande vissa oklarheter.

I augusti 2018 utkom en festskrift till en av Sveriges, i nutid, mest framstående jurister, Stefan Lindskog. Bland festskriftens många uppsatser finns en med titeln ”Värdeöverföring – till vem? Något om skillnaden mellan värdeöverföringar och dåliga affärer i aktiebolagslagen 17 kap. 1 §, första stycket, p. 4”, författad av Erik Nerep, professor i svensk och internationell handelsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm.

I den aktuella uppsatsen driver Nerep ett resonemang som går ut på att förtäckta värdeöverföringar endast kan ske till aktieägare eller personer som är närstående aktieägarna. Personer utanför denna adressatkrets, det vill säga helt utomstående personer, skulle således inte kunna vara mottagare av förtäckta värdeöverföringar. Av lagtexten rörande värdeöverföringar, i 17 kap. ABL framgår det emellertid uttryckligen att även utomstående ska kunna vara mottagare för en förtäckt värdeöverföring. Detta har även varit lagstiftarens avsikt om man läser förarbetena till ABL. Det är denna tes som Nerep framför som ligger till grund för denna uppsats.

## **1.2 Syfte och frågeställningar**

Syftet med denna uppsats är att, mot bakgrund av vad Nerep anför i sin uppsats i Festskrift till Stefan Lindskog, ta reda på om personer som inte är aktieägare i ett bolag eller närstående till sådana aktieägare, det vill säga utomstående, kan vara mottagare av en förtäckt värdeöverföring.

För att tillgodose uppsatsens syfte ska de i Nereps uppsats anförda argumenten redogöras för och bemötas och följande frågeställningar ska därutöver försöka besvaras.

- Med beaktande av det i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. uppställda kravet på affärsmässighet, går det att bestämma var gränsen går mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring?
- På vilket sätt, om något, är en förtäckt värdeöverförings adressatkrets begränsad?
- Finns det över huvud taget rättshandlingar som kan kategoriseras som en förtäckt värdeöverföring och som riktar sig mot en för bolaget helt utomstående person?
- Kan en transaktion med en utomstående anses utgöra en förtäckt värdeöverföring och aktualisera ett påföljande återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL?

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsens framställning kommer att göras mot bakgrund av den svenska aktiebolagslagstiftningen. Den EU-rättsliga lagstiftningen på aktiebolagsområdet har lämnats därhän, oaktat att den, sedan Sveriges inträde i EU 1 januari 1995, varit en bidragande faktor till att den svenska aktiebolagslagstiftningen i dag är utformad som den är.

Uppsatsens fokus ligger på 17 kap. ABL om värdeöverföringar från bolaget, och tar framförallt sikte på förtäckta värdeöverföringar enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL. De övriga kapitlen innehållandes kapitalskyddsregler, det vill säga 18, 19, 20 och 21 kapitlet kommer dock att utelämnas från den fortsatta framställningen, då de inte tillför något för att besvara uppsatsens frågeställningar. När sammanhanget kräver det kommer emellertid andra delar av ABL även att behandlas.

Utöver 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. kommer stora delar av 17 kap. att behandlas ingående. Emellertid kommer de andra typerna av värdeöverföringar som omnämns i 17 kap. 1 § 1 st. 1-3 p., inte att belysas i någon annan utsträckning än att de kort omnämns i inledningen av kapitel 3 för att

underlätta förståelsen av värdeöverföringsbegreppet. Av utrymmesskäl kommer inte heller bestämmelsen om värdeöverföringar under löpande räkenskapsår i 17 kap. 4 § eller bestämmelsen om gåva till allmännyttigt ändamål i 17 kap. 5 § att behandlas.

## 1.4 Metod

Denna uppsats har ett rättsvetenskapligt syfte och ämnar att genom tolkning av rättskällor fastställa gällande rätt på området förtäckta värdeöverföringar de lege lata.

För att göra detta har vid författandet av denna uppsats utgångspunkten varit en traditionell rättsvetenskaplig, eller rättsdogmatisk, metod. Den rättsdogmatiska metodens grundläggande uppgift är att beskriva, systematisera och tolka innehållet i den gällande rätten. Detta görs genom att väga argumenten i rättskällorna mot varandra.<sup>1</sup> För att rättskällorna ska vägas mot varandra ska man enligt den rättsdogmatiska metoden ta sin utgångspunkt i rättskällevärdet, i vilken rättskällorna utgörs av lagtext, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.<sup>2</sup> Dessa rättskällor delas upp och rangordnas efter sin rättsliga betydelse.<sup>3</sup>

Av hierarkin följer att lagtexten är den primära rättskällan och väger tyngst. Därefter får svaret på frågorna sökas i förarbetena, som tjänar till att upplysa om syftet och tanken bakom lagtexten. Förarbetena innehåller ofta anvisningar för hur lagtexten ska tillämpas och tolkas. På tredje plats i rättskällevärdets hierarki kommer domstolspraxis. Då lagtexten ofta är generellt formulerad och förarbetena inte kan ge svar på hur lagtexten ska tillämpas vid alla uppkomna situationer så måste domstolen tolka lagtexten och tillämpa det på individuella fall.<sup>4</sup> Slutligen tillmäts även doktrin status som rättskälla. Från domstolens sida fästs emellertid inte lika stor vikt vid

---

<sup>1</sup> Kleinman, 2013, s. 26.

<sup>2</sup> Jareborg, SvJT 2004 s. 8.

<sup>3</sup> Peczenik, 1980, s. 50.

<sup>4</sup> Lehrberg, 2001, s. 75.

doktrinen som rättskälla än de som nämnts tidigare. Domstolen är inte förhindrad att komma fram till en annan slutsats än vad som förespråkas i doktrinen vad gäller lagtextens tillämplighet. Det finns emellertid vissa rättsvetenskapliga texter som har sådan auktoritet att de följs av domstolarna, även om de står i strid med övriga rättskällor.<sup>5</sup>

Agell framhåller att för att argumenten i en diskussion av gällande rätt ska vara hållbara måste man hålla sig till samma rättskällor som domstolen använder vid rättstillämpningen.<sup>6</sup> Därför är just den rättsdogmatiska metoden och tillämpningen av rättskällevärdet ett lämpligt val för denna uppsats.

Mot bakgrund av den valda metoden har utgångspunkten i uppsatsens tredje, fjärde och femte kapitel varit lagtext, och då framförallt i 17 kap. ABL. Detta har emellertid givit upphov till betydande problem då lagtexten i dessa paragrafer är oprecist formulerad. Av detta skäl har framförallt vägledning till gällande rätt fått sökas med utgångspunkt i lagtextens förarbeten. Denna undersökning har emellertid också lett till bekymmer vad gäller att bringa klarhet i uppsatsens frågeställningar. Inte heller praxis på området kring förtäckta värdeöverföringar är särskilt omfattande, och vad gäller uppsatsens syfte och frågeställning finns ännu färre prejudikat att granska och finna ledning av.

Lagtextens och förarbetenas språkliga oklarhet, tillsammans med ett magert utbud av prejudikat har föranlett bekymmer vad gäller möjligheten att kunna fastslå gällande rätt. Av detta skäl förekommer det i doktrinen skilda åsikter beträffande tolkningen av i stort sett varje rekvisit vad gäller bestämmelsen om förtäckta värdeöverföringar i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p.

Till följd av att rösterna i doktrinen är många och åsikterna vitt skilda har, för att försöka fastställa gällande rätt, dessa uppfattningar fått vägas emot

---

<sup>5</sup> Lehrberg, 2001, s. 113.

<sup>6</sup> Agell, SvJT 2002 s. 245.

varandra mot bakgrund av lagstiftarens bakomliggande tanke och syfte med lagtexten och förarbetena. Detta har framförallt fått ske genom användandet av en ändamålsinriktad, så kallad teleologisk tolkning.<sup>7</sup>

Vid den teleologiska tolkningen har lagtextens förarbeten och doktrin på området fått stå i fokus. Doktrinen är, vilket påpekats ovan, en rättskälla vars värde kan ifrågasättas till följd av dess brist på auktoritet vad gäller domstolens bundenhet att ta hänsyn till den i sin dömande verksamhet. Doktrinen kan emellertid ibland ensamt utgöra grunden för domstolens bedömning av hur ett rättsligt problem ska avgöras. Doktrinen belyser även rättsliga svårigheter som lagstiftaren kan ha förbisett i lagstiftningsarbetet. Vad gäller uppsatsens frågeställningar finns i doktrinen som sagt skilda åsikter, och därför har olika författares åsikter fått belysas och en avvägning av dessa blivit tvungen att göras. Denna avvägning har fått göras mot bakgrund av att även försöka fastställa lagstiftarens önskade funktion med lagtexten.

## 1.5 Material

Vid fastställandet av gällande rätt genom en tolkning av rättskällorna fordras att värdet av de olika rättskällorna tas i beaktning. Materialet har valts med utgångspunkten att på bästa sätt kunna belysa de olika uppfattningar som finns kring de frågor som uppsatsen avser att besvara.

Vad gäller lagtext har framförallt den nuvarande och den föregående aktiebolagslagstiftningen från 2005 respektive 1975 använts. Därtill har förarbetena till bägge dessa lagar flitigt använts för att reda ut lagstiftarens önskade syfte med lagtexten.

Beträffande praxis, är utbudet som nämnts ovan inte särskilt omfattande. Ett fåtal rättsfall kommer dock att kort behandlas eller refereras till om de ger

---

<sup>7</sup> Kleineman, 2013, s. 21.

stöd för någon i doktrinen förekommande åsikt eller haft någon större inverkan på hur uppsatsens frågeställningar ska besvaras.

Den litteratur som använts har skrivits av framstående författare på det aktiebolagsrättsliga området. Där boken ”*Kapitalskyddet i Aktiebolag*” av Jan Andersson från 2010 får anses vara det mest omfattande verket vad gäller kapitalskyddsreglerna i den nuvarande ABL. Utöver detta verk saknas mer omfattande texter rörande kapitalskyddsreglerna med utgångspunkt i den nuvarande lagstiftningen. Dock ska nämnas lagkommentarerna till ABL, den ena författad av Sten Andersson, Svante Johansson och Rolf Skog och den andra av Erik Nerep och Per Samuelsson, vilka utgjort en grund för denna uppsats. Självklart ska även nämnas Erik Nereps uppsats ur *Festskrift till Stefan Lindskog*, vilken hela denna uppsats baserar sig på. Även ett par rättsvetenskapliga artiklar, författade mot bakgrund av den nuvarande ABL har legat till grund för stora delar av uppsatsen, framförallt Bert Lehrbergs artikel ”*Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisitet ’rent affärsmässig karaktär för bolaget’*”, publicerad i SvJT år 2012.

Vad gäller doktrin författad med utgångspunkt i ÄABL får flera verk fortfarande anses vara av vikt. Av dessa har framförallt Jan Anderssons doktorsavhandling *Om vinstutdelning från aktiebolag, En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler*, Erik Nereps bok *Aktiebolagsrättsliga studier* och Stefan Lindskogs kommentar *Aktiebolagslagen. 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation* använts inom ramen för denna uppsats. Även här beaktas vissa rättsvetenskapliga artiklar, den främsta förmodligen Stefan Lindskogs ”*Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s.k. bristtäckningsansvar*” ur SvJT från 1992.

Annan litteratur kommer också att uppmärksammas i den mån den framför viktiga ståndpunkter eller ger stöd eller kritik till någon av de andra författarnas framförda ståndpunkter.



## 1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel är uppsatsens framställning disponerad enligt följande. I kapitel 2 ges en kortfattad genomgång av det svenska kapitalsystemet med avsikt att ge läsaren en kort bakgrund avseende begrepp som ”aktiekapital” och ”bundet eget kapital” inför den kommande framställningen.

I kapitel 3, ”värdeöverföringar från bolaget” ges en kort genomgång av begreppet värdeöverföring i avsnitt 3.1, därefter, i avsnitt 3.2 beskrivs hur en värdeöverföring laglighetsprövas och på vilka grunder den kan bli olovlig. I avsnitt 3.3. behandlas vilka rättsverkningar en olovlig värdeöverföring kan underkastas. Därefter kommer en kort sammanfattning i avsnitt 3.4 för att läsaren ska ha de viktigaste kärnpunkterna från kapitel 3 i minnet inför kapitel 4.

I kapitel 4 presenteras definitionen av en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL. Kapitlet är uppdelat i avsnitt som i tur och ordning redogör för och analyserar de i paragrafen uppställda rekvisiten. Avsnitt 4.1 behandlar rekvisitet *affärshändelse*, avsnitt 4.2 behandlar rekvisitet *förmögenhetsminskning* och till sist behandlas rekvisitet *rent affärsmässig karaktär för bolaget* i avsnitt 4.3. Under det sista avsnittet behandlas de olika tolkningarna av rekvisitet som framförts i doktrinen.

Mot bakgrund av Nereps uppsats i *Festskrift till Stefan Lindskog* diskuteras i kapitel 5 fenomenet med förtäckta värdeöverföringar till andra än aktieägare eller till aktieägarna närstående personer.

I kapitel 6 presenteras och bemöts de åsikter och argument Nerep framför i sin uppsats mot bakgrund av vad som framkommit i de tidigare kapitlen.

Uppsatsen avslutas därefter med en analys i kapitel 7 där uppsatsens frågeställningar ska besvaras.

# 2 Det svenska kapitalsystemet i kort översikt

## 2.1 Inledning

Ett aktiebolags syfte är, enligt 3 kap. 3 § ABL, i regel att bereda vinst åt aktieägarna.<sup>8</sup> Vinstsyftet innebär emellertid inte att bolagets aktieägare fritt kan disponera över bolagets förmögenhet. Aktieägarnas intresse av att åtnjuta avkastning på det kapital de investerat i bolaget måste vägas mot andra intressenters skyddsbehov.<sup>9</sup> Bolagets borgenärer utgör just en sådan grupp av intressenter. Eftersom aktiebolagets aktieägare inte har något personligt betalningsansvar för bolagets skulder enligt 1 kap. 3 § ABL föreligger en inneboende intressekonflikt mellan aktieägarna och bolagsborgenärerna.<sup>10</sup> Aktieägarna vill å sin sida, så långt som möjligt, kunna disponera fritt över bolagets kapital. Borgenärerna har i stället ett starkt intresse av att bolaget förfogar över en förmögenhet av viss storlek och att uttag ur denna förmögenhet sker under kontrollerade former. Avsaknaden av personligt betalningsansvar gör att den primära säkerheten för borgenärernas kreditrisk är bolagets kapital; ju större bolagets kapital är, desto mindre blir borgenärernas risk. Borgenärernas intresse ska dock inte få hindra att aktieägarna i åtminstone viss utsträckning får disponera över bolagets kapital. Det måste därför finnas en gräns för hur långt borgenärernas intresse av att låsa kapitalet i bolaget ska få styra. Borgenärsskyddet måste därför vara utformat för att kunna balansera dessa motstående intressen.<sup>11</sup> Detta har åstadkommit genom att borgenärsskyddsreglerna i ABL delats upp i två grupper; dels regler om krav på minsta aktiekapital och dess uppbyggnad och dels kapitalskyddsregler som tar sikte på värdeöverföringar och kapitalbrist.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Det är dock tillåtet att i bolagsordningen ta in föreskrifter om att bolaget helt eller delvis ska ha annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna.

<sup>9</sup> Andersson, 2010, s. 11.

<sup>10</sup> Lehrberg, 2016, s. 47 f.

<sup>11</sup> Lindskog, 1995, s. 14.

<sup>12</sup> Andersson, 2010, s. 33 f och s. 58.

## 2.2 Aktiekapitalet och dess uppbyggnad

Ett aktiebolags kapital kan vara antingen främmande eller eget kapital. Det främmande kapitalet utgörs av kapital bolaget anskaffat genom lån eller andra krediter. Det egna kapitalet uppkommer genom bolagsstiftarnas insatser – i form av pengar eller apportegendom – vid bolagets tillkomst (så kallat startkapital) eller vid ett senare tillfälle genom exempelvis en nyemission (så kallat kapitaltillskott). Det egna kapitalet kan även öka under bolagets verksamhet genom att eventuell vinst inte delas ut, utan stannar kvar i bolaget.<sup>13</sup> Det egna kapitalet utgörs alltså av skillnaden mellan bolagets tillgångar å ena sidan och dess skulder å andra sidan.

Enligt 3 kap. 10a § 1 st. ÅRL delas det egna kapitalet i sin tur upp i *bundet* eget kapital respektive *fritt* eget kapital. Bolagets bundna egna kapital utgörs, enligt 3 kap. 10a § 2 st. ÅRL, av dess aktiekapital och av eventuell uppskrivningsfond, reservfond, kapitalandelsfond samt fond för utvecklingsutgifter. Genom det bundna egna kapitalet sätts den yttersta gränsen för vad som är att anse som bolagsborgenärernas befogade kapitalintressen. Detta innebär att borgenärerna i stort sett inte kan ha några synpunkter på hur aktieägarna förfogar över bolagets fria egna kapital; det är en intern aktieägarfråga.<sup>14</sup> Att det bundna kapitalet inte får tas i anspråk följer vidare av den så kallade utbetalningsförbudet i 17 kap. 3 § 1 st. ABL, vilket kommer behandlas mer ingående nedan.

Av 1 kap. 4 § ABL framgår att ett aktiebolag ska ha ett aktiekapital. För privata aktiebolag ska detta, enligt 1 kap. 5 §, uppgå till minst 50 000 kronor och för publika aktiebolag till minst 500 000 kronor enligt 1 kap. 14 § ABL. Aktiekapitalet utgör inte i sig självt ett faktiskt kapital, utan är en siffra som skall figurera på passivsidan i bolagets balansräkning och som inte påverkas av ändringar i bolagets ekonomiska ställning. Aktiekapitalet står alltså kvar i

---

<sup>13</sup> Johansson, 2018, s. 250 f.

<sup>14</sup> Lindskog, 1995, s. 14.

balansräkningen med oförändrat belopp även om bolaget gör förluster så att det inte längre har kvar tillgångar som täcker aktiekapitalet.<sup>15</sup>

Aktiekapitalets syfte kan sägas vara att utgöra en garanti, riktad till borgenärerna, vars innebörd är att bolaget alltid ska besitta en viss tillgångsmassa som kan tas i anspråk för borgenärernas fordringar. Om något krav på aktiekapital inte fanns, skulle risken öka för att aktieägarna tog i anspråk hela förmögenheten på ett sätt som skulle strida mot borgenärsintresset.<sup>16</sup> Hur effektivt aktiekapitalet fungerar som borgenärsskydd är flitigt omdebatterat<sup>17</sup> men den diskussionen lämnas emellertid därhän.

## 2.3 Kapitalskyddet

Aktiekapitalet utgör den grundstomme kring vilken kapitalskyddsreglerna i ABL är uppbyggda. Som nämnts ovan innehåller ABL bestämmelser som syftar till att säkerställa att aktiekapitalet hålls intakt och inte för lättvindigt lämnar bolaget. Dessa kapitalskyddsbestämmelser reglerar åtgärder vid kapitalbrist och värdeöverföringar från bolaget.

Av bestämmelserna i 25 kap. 13-20a §§ ABL följer att ett aktiebolag antingen måste rekonstrueras eller avvecklas om bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet, eller om det vid verkställighet av en utmätning enligt 4 kap. UB visar sig att bolaget saknar tillgångar till full betalning av utmätningensfordringen. Underlåter styrelsen eller aktieägare att vidta de i nämnda lagrum föreskrivna åtgärderna riskerar de att bli personligt betalningsansvariga för de förpliktelser som uppkommer för bolaget under den tid underlåtelsen består. Vidare finns det även straffrättsliga påföljder i 11 kap. BrB som kan aktualiseras. Exempelvis kan den som trots påtaglig fara för att komma på obestånd fortsätter driva

---

<sup>15</sup> Johansson, 2018, s. 251.

<sup>16</sup> Nerep & Samuelsson, Del 1, 2009, s. 38.

<sup>17</sup> Se t.ex. Sacklén, SvJT 1994 s. 179 f. – som beskriver det bundna kapitalets syfte som säkerhet för bolagets fordringsägare som en papperskonstruktion med begränsad förankring i verkligheten – och för en konträr åsikt, Nerep, SvJT 1994 s. 549.

verksamhet på ett sätt som är till skada för borgenärerna dömas för vårdslöshet mot borgenär.<sup>18</sup>

Den sista delen av det aktiebolagsrättsliga kapitalskyddet utgörs av regler om värdeöverföringar från bolaget, vinstutdelning, förvärv av egna aktier samt minskning av aktiekapitalet och reservfonden i 17-20 kap. ABL. Bestämmelserna i dessa kapitel begränsar bolagets möjligheter att vederlagsfritt minska sina tillgångar eller öka sina skulder.<sup>19</sup> I den kommande framställningen står bestämmelserna om värdeöverföringar i 17 kap. ABL i centrum.

---

<sup>18</sup> 11 kap. 3 § BrB.

<sup>19</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:2.

# 3 Värdeöverföringar från bolaget

En värdeöverföring innebär, som det låter, en rättshandling genom vilken värden från bolaget överförs till någon annan. Kort sagt föreligger en värdeöverföring enligt detta kapitel i fall då det antingen rör sig om en helt vederlagsfri överföring av bolagets värden eller om prestationer där det föreligger en diskrepans i värdet av bolagets och dess motparts prestationer.<sup>20</sup>

## 3.1 Värdeöverföringsbegreppet

Bestämmelserna i 17 kap. ABL behandlar värdeöverföringar från bolaget. Begreppet ”värdeöverföring” definieras i 17 kap. 1 § 1 st. 1-4 p. Med begreppet avses vinstutdelning (enligt första punkten), förvärv av egna aktier, men dock inte förvärv enligt 19 kap. 5 § (enligt andra punkten) samt minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna (enligt tredje punkten). Dessa första tre uppräknade värdeöverföringstyper är särskilt reglerade i 18–20 kap. ABL och redovisas öppet av bolaget.<sup>21</sup> Värdeöverföringarna i första till tredje punkten brukar kallas ”öppna värdeöverföringar” och i dessa fall är det utan betydelse om den av bolaget vidtagna åtgärden är affärsmässigt motiverad eller ej; den utgör alltid en värdeöverföring.<sup>22</sup>

Av 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. framgår att begreppet värdeöverföring även omfattar andra affärshändelser som medför att bolagets förmögenhet minskar och som inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget, det vill säga så kallad ”förtäckt värdeöverföring”. Förtäckta värdeöverföringar kan gestalta sig på många olika sätt, men vad de har gemensamt är att de kan beskrivas som ett avtal som vid första anblick framstår som ett sedvanligt

---

<sup>20</sup> Prop. 2004/05:85 s. 370 ff.

<sup>21</sup> Ibid., s. 747.

<sup>22</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:3.

förmögenhetsrättsligt avtal, exempelvis ett köp, ett penninglån eller en pantförskrivning, men som egentligen helt eller delvis innefattar ett vederlagsfritt avhändande av bolagets förmögenhet.<sup>23</sup> Som exempel på förtäckta värdeöverföringar kan nämnas sådant som att bolaget avhänder sig egendom till underpris eller förvärvar egendom till överpris.<sup>24</sup> Det är därför lätt att se att förtäckta värdeöverföringar kan ge upphov till gränsdragningsproblematik, eftersom en ”dålig affär” som medför förlust för bolaget inte nödvändigtvis innebär att en förtäckt värdeöverföring är för handen. Denna problematik kommer att behandlas mer ingående i kapitel 4 nedan.

## 3.2 Lovlighetsprövningen

De inskränkningar som finns i ABL för att föra ut värden ur bolaget tillämpas endast på transaktioner som faller in under någon av situationerna som ställs upp i 17 kap. 1 §, det vill säga vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för utbetalning till aktieägarna samt förtäckta värdeöverföringar. Faller transaktionen in under nämnda paragraf utgör den en värdeöverföring och det är först efter att man konstaterat det faktum att en värdeöverföring i lagens mening är för handen som dess lovlighet ska prövas.<sup>25</sup>

Enligt det i 17 kap. 2 § uppställda så kallade ”värdeöverföringsförbudet” får värdeöverföringar från bolaget ske endast i enlighet med bestämmelserna i ABL rörande vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, gåva till allmännyttigt ändamål som avses i 17 kap. 5 § eller i ett avtal om koncerninternt finansiellt stöd som godkänts enligt 6 b kap. 6 § lagen om bank- och finansieringsrörelse eller 8 b kap. 6 § lagen om värdepappersmarknaden.

---

<sup>23</sup> Andersson, 2010, s. 83.

<sup>24</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747.

<sup>25</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:3.

Värdeöverföringsförbudet i 17 kap. 2 § kan e contrario tolkas så, att på någon annan grund än att en värdeöverföring föreligger i aktiebolagsrättslig mening kan det inte bli aktuellt att tillämpa reglerna som ställs upp i 17 kap. 2 §. Detta innebär att man inte kan tillämpa reglerna i 17 kap. ABL analogt på en rättshandling om inte rättshandlingen helt eller delvis kan anses innehålla en värdeöverföring i den mening som ställs upp i definitionen av en värdeöverföring i 17 kap. 1 §.<sup>26</sup>

Ordalydelsen ”värdeöverföringar från bolaget får endast ske [...]” i 17 kap. 2 § är dock något missvisande. Den låter påskina att värdeöverföringar i andra former inte kan vara tillåtna. Nerep menar att såväl formenliga värdeöverföringar<sup>27</sup> som icke formenliga (förtäckta) värdeöverföringar<sup>28</sup> är lagliga, men att den slutliga lovlighetsprövningen ska ske enligt reglerna i 17 kap. 3 §.<sup>29</sup> Lehrberg menar å sin sida att i och med 17 kap. 2 § begränsas kretsen av enligt lagen tillåtna förtäckta värdeöverföringar till att endast avse gåva till allmännyttigt ändamål som avses i 17 kap. 5 §.<sup>30</sup> I denna åsikt får Lehrberg anses vara någorlunda ensam. Att även icke formenliga värdeöverföringar kan vara tillåtna framgår enligt Nerep av både ordalydelsen i sanktionsregeln i 17 kap. 6 § och av förarbetena till ABL som framhåller att det är möjligt att besluta om värdeöverföringar i annan form om samtliga aktieägare är överens om det.<sup>31</sup> Nerep menar vidare att rubriken till 17 kap. 2 § ”Tillåtna former för värdeöverföring” är olycklig och borde i stället vara formulerad ”tillåtna former av formenliga värdeöverföringar”, varvid det borde ha klargjorts att även förtäckta värdeöverföringar är tillåtna förutsatt att de klarar lovlighetsprövningen i 17 kap. 3 §.<sup>32</sup>

---

<sup>26</sup> Andersson, 2010, s. 76.

<sup>27</sup> Se 17 kap. 1 § 1 st. 1-3 p. ABL.

<sup>28</sup> Se 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL.

<sup>29</sup> Nerep, NTS 2009:4, s. 48.

<sup>30</sup> Lehrberg, 2016, s. 301.

<sup>31</sup> Se prop. 2004/05:85 s. 749.

<sup>32</sup> Nerep, NTS 2009:4, s. 48.



Det i 17 kap. 2 § uppställda värdeöverföringsförbudet är att uppfatta som en minoritetsskyddsregel och den är som sådan möjlig att åsidosätta om samtliga aktieägare samtycker därtill.<sup>33</sup> Detta följer av den grundläggande principen att regler som är uppställda uteslutande till aktieägarnas skydd kan åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke.<sup>34</sup> Regler till skydd för bolagets borgenärer kan emellertid aldrig åsidosättas trots att aktieägarna är överens därom. En icke formenlig (förtäckt) värdeöverföring förutsätter enligt Nerep att den innan lovlighetsprövningen föregås av att samtliga aktieägare är eniga om dess genomförande.<sup>35</sup>

I samband med värdeöverföringsförbudet skall nämnas den så kallade in dubio-principen. Principen innebär att om en värdeöverföring, oavsett om den är öppen eller förtäckt, inte omedelbart låter sig härledas till någon av de uppställda värdeöverföringstyperna i 17 kap. 2 § ska värdeöverföringen prövas mot borgenärsskyddsreglerna i 17 kap. samt analogt mot flertalet regler om vinstutdelning i 18 kap.. In dubio-principen kommer inte till direkt uttryck i ABL men gäller underförstått.<sup>36</sup> In dubio-principen baserar sig på den grundläggande aktiebolagsrättsliga principen om aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets fria egna kapital. Aktieägarna får samfällt disponera över det fria egna kapitalet som vinstutdelning enligt 17 kap. 3 § 1 st. e contrario. Att tillämpa in dubio-principen förklaras av att om aktieägarna trots allt har möjlighet att disponera över ett visst belopp som vinstutdelning så bör man i tveksamma fall pröva en viss värdeöverföring med utgångspunkt i principen att aktieägarna hade rätt att disponera över kapitalet. Praktiskt sett har in dubio-principen stor betydelse, utan den skulle sannolikt många värdeöverföringar, vilka sker vid sidan av reglerna i ABL om respektive värdeöverföringstyp, som i gällande rätt anses som lovliga ansetts som olovliga.

---

<sup>33</sup> Prop. 2004/05:85 s. 373.

<sup>34</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:7 f.

<sup>35</sup> Nerep, NTS 2009:4, s. 48 f.

<sup>36</sup> Andersson, 2010, s. 78 f.

Sedan man fastställt att en värdeöverföring föreligger måste den lovlighetsprövas; prövningen består av tre huvudmoment. För det första måste värdeöverföringen stå i överensstämmelse med ABL:s tvingande borgenärsskyddsregler, framförallt de legala förbuden i 17 kap. 3 och 4 §§. För det andra måste värdeöverföringen prövas enligt varje enskild värdeöverföringstyps specifika formföreskrifter vilka stadgas i de olika värdeöverföringstypernas enskilda kapitel<sup>37</sup>. För det tredje måste värdeöverföringen stå i överensstämmelse med aktieägarskyddsreglerna i ABL, framförallt skyddsreglerna för aktieägarminoriteten.<sup>38</sup>

### **3.2.1 Beloppsspärren och försiktighetsregeln**

Men utgångspunkt i borgenärsskyddet är en grundläggande del av lovlighetsprövningen stadgandet i 17 kap. 3 § ABL. Paragrafen innehåller ett legalt förbud som är tillämpligt på såväl öppna som förtäckta värdeöverföringar.<sup>39</sup> Förbudet delas in i två delar, dels den så kallade beloppsspärren i paragrafens första stycke och dels försiktighetsregeln i det andra och tredje stycket.<sup>40</sup> Som nämndes kort under kapitel 3.2 ovan innebär faktumet att 17 kap. 3 § utgör en borgenärsskyddsregel att aktieägarna aldrig kan åsidosätta dessa regler, trots att samtliga aktieägare samtycker därtill.<sup>41</sup> Bestämmelserna i 17 kap. 3 § omfattar enligt förarbetena alla slag av transaktioner som är att anse som värdeöverföringar från bolaget till aktieägare eller andra, utomstående personer och gäller oavsett hur värdeöverföringen har betecknats. Vidare spelar det ingen roll om värdeöverföringen beslutats vid bolagsstämma, informellt av samtliga aktieägare tillsammans, av styrelsen eller på något annat sätt.<sup>42</sup> Om en

---

<sup>37</sup> Kap. 18–20 ABL.

<sup>38</sup> Andersson, 2010, s. 110.

<sup>39</sup> Prop. 2004/05:85 s. 376.

<sup>40</sup> Terminologin i litteraturen varierar avseende dessa två begrepp, förutom ”beloppsspärren” är ”täckningsprincipen” (se t.ex. Sandström, 2017, s. 313 f.) och ”kapitaltäckningsspärren” (se t.ex. Nerep, NTS 2009:4 s. 49) vanligt förekommande.

<sup>41</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:9.

<sup>42</sup> Prop. 2004/05:85 s. 750.

värdeöverföring strider mot de i 17 kap. 3 § uppställda reglerna betecknas den som olovlig.

Beloppsspärren i 17 kap. 3 § 1 st. stadgar att en värdeöverföring inte får äga rum om det efter överföringen inte finns full täckning för bolagets bundna egna kapital.<sup>43</sup> Beräkningen ska grunda sig på den senast fastställda balansräkningen med beaktande av ändringar i det bundna egna kapitalet som har skett efter balansdagen.

Det bokförda värdet av bolagets tillgångar som finns kvar i bolaget efter värdeöverföringen måste uppgå till minst det bokförda värdet av skulder, avsättningar och bundet eget kapital.<sup>44</sup> Med andra ord innebär prövningen enligt beloppsspärren att man prövar om bolaget efter att värdeöverföringen är genomförd kommer att ha sitt bundna egna kapital intakt. Skulle det bundna egna kapitalet anta ett negativt värde innebär det att värdeöverföringen motsvarande det negativa värdet är olovlig, dock inte värdeöverföringen till sin helhet.<sup>45</sup> Värdeöverföringen blir emellertid olovlig i sin helhet om bolagets bundna egna kapital redan före värdeöverföringens genomförande uppvisar ett negativt resultat.

Ett exempel kan illustrera det nyss anförda: Bolaget AB har ett bundet eget kapital om 100 000 kronor och ett fritt eget kapital om 50 000 kronor. Ett beslut om vinstutdelning motsvarande 70 000 kronor beslutas av bolagsstämman. En sådan värdeöverföring skulle innebära att bolagets bundna egna kapital skulle uppvisa ett underskott på 20 000 kronor, eftersom 70 000 kronor minus 50 000 kronor = -20 000 kronor. En sådan värdeöverföring är alltså olovlig till den del den tar det bundna egna kapitalet i anspråk, det vill säga 20 000 kronor.

---

<sup>43</sup> Med bundet eget kapital avses enligt 3 kap. 10 a § ÅRL, aktiekapital, uppskrivningsfond, reservfond, kapitalandelsfond och fond för utvecklingsutgifter, se kapitel 2.2 ovan.

<sup>44</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:10.

<sup>45</sup> Andersson, 2010, s. 116.

Om värdeöverföringen sker genom en utdelning i något annat än reda pengar, exempelvis genom överlåtelse av en fastighet eller en maskin, uppstår en fråga om hur denna tillgång ska värderas. Genom NJA 1995 s. 742 avgjorde HD att det är tillgångens bokförda värde, frånräknat eventuellt vederlag som mottagaren erlagt, som ska ligga till grund för prövningen mot beloppsspärren.<sup>46</sup> Marknadsvärdet på det som utdelas spelar i sammanhanget ingen roll; beloppsspärren är kopplad till värdet som står att läsa i bolagets räkenskaper. Det förutsätts emellertid att räkenskaperna överensstämmer med god redovisningssed.<sup>47</sup>

Beloppsspärren kompletteras av den i 17 kap. 3 § 2 och 3 st. uppställda försiktighetsregeln. Denna regel är precis som beloppsspärren tillämplig på varje form av värdeöverföring och oavsett om överföringen avser pengar eller sakvärden.<sup>48</sup> Regeln i paragrafens andra stycke innebär att trots att det enligt beloppsspärren inte finns något hinder mot att genomföra en värdeöverföring, 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 (första punkten) samt till bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt (andra punkten). Detta innebär att det belopp som aktieägarna har rätt att disponera över kan vara mindre än det belopp som framkommer vid tillämpningen av beloppsspärren.<sup>49</sup> 17 kap. 3 § 3 st. stadgar att vid värdeöverföringar från moderbolag ska hänsyn tas till hela koncernens ekonomiska ställning; detta kommer emellertid att utelämnas ur den kommande framställningen.

Hur stor del av bolagets kapital som måste bevaras i bolaget till följd av försiktighetsregeln får bedömas mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet och de omständigheter som bolaget verkar under.<sup>50</sup> Enligt 17 kap. 3 § 2 st. 1 p. skall beaktas de krav som verksamhetens art, omfattning

---

<sup>46</sup> Detta sätt att beräkna värdet på sakvärdesöverföringar kallas för nettometoden.

<sup>47</sup> Thorell, JT 2005/06 nr. 2, s. 375.

<sup>48</sup> Ibid., s. 376.

<sup>49</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:13.

<sup>50</sup> Ibid.

och risker ställer på storleken av det egna kapitalet. Faktorer som enligt förarbetena särskilt bör beaktas vid bedömningen är exempelvis värdeöverföringar från bolag som är särskilt konjunkturberoende eller som bedriver på annat sätt riskfylld verksamhet.<sup>51</sup> Bolagets storlek i förhållande till storleken av dess bundna egna kapital har även betydelse, ett bolag vars bundna egna kapital är litet har ett större behov av att behålla det fria egna kapitalet i bolaget. Och ju större ett bolags verksamhet är, desto större kan behovet av en buffert, i form av fritt eget kapital vara.<sup>52</sup> Vidare ska enligt 17 kap. 3 § 2 st. 2 p. beaktas bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Kravet på konsolideringsbehov innebär att det ska göras en allsidig bedömning av bolagets ekonomiska ställning och bolagets möjligheter att på sikt infria sina åtaganden. Med beaktande av bolagets likviditet avses dess kortsiktiga betalningsförmåga, värdeöverföringar får alltså inte genomföras med så stora belopp att bolaget försämrar sina möjligheter att exempelvis betala sina leverantörer, räntorna på sina lån eller lön till sina anställda. Vidare ska hänsyn tas till bolagets ställning i övrigt. Med detta menas att man vid bedömningen om det finns möjlighet att genomföra en värdeöverföring måste ta hänsyn till alla kända förhållanden som kan påverka bolagets ekonomiska ställning och som inte beaktats inom ramen för bolagets konsolideringsbehov och likviditet.<sup>53</sup>

När lovlighetsprövningen sker mot försiktighetsregeln utgår man från det verkliga värdet på det som överförs och vilka verkliga värden som finns kvar i bolaget när värdeöverföringen är genomförd. Medan beloppsspärren, som påpekats ovan, är kopplad till vad som står att utläsa ur bolagets räkenskaper innebär försiktighetsregeln att prövningen görs mot bolagets reella förmögenhetsminskning.<sup>54</sup> Den grundläggande tanken bakom försiktighetsregeln är att ett bolag inte ska kunna genomföra värdeöverföringar med ett större belopp än att dess ekonomiska ställning efter värdeöverföringens genomförande är betryggande för bolagets

---

<sup>51</sup> Prop. 2004/05:85 s. 751.

<sup>52</sup> Nerep & Samuelsson, Del 2, 2009, s. 230.

<sup>53</sup> Prop. 2004/05:85 s. 751 f.

<sup>54</sup> Thorell, JT 2005/06 nr. 2, s. 376.

fordringsägare.<sup>55</sup> I ett bolag med en i förhållande till aktiekapitalet hög skuldsättning fyller aktiekapitalet ingen större funktion som buffert vid insufficiens och insolvens. Genom försiktighetsregeln bereds bolagsborgenärerna i ett sådant företag ett bättre skydd.

Borgenärsskyddsreglerna i ABL syftar inte bara till att skydda befintliga borgenärer utan även eventuella framtida borgenärer.<sup>56</sup> Faktumet att bolaget vid sagda tidpunkt saknar borgenärer är därför utan betydelse.

De två just beskrivna förbuden i 17 kap 3 § är kumulativa, men i förarbetena förordas att det av pedagogiska och lagtekniska skäl finns goda grunder för att betrakta beloppsspärren som huvudregel. Anledningen till detta grundar sig på tanken att för den som ska ta ställning till vilket utrymme som finns för att genomföra en värdeöverföring är det som regel enklast att med utgångspunkt i beloppsspärren först fastställa den nedre gränsen för hur stort belopp som kan komma i fråga för värdeöverföringen.<sup>57</sup>

### **3.3 Rättsverkan av en olovlig värdeöverföring**

Sedan man konstaterat att en olovlig värdeöverföring är för handen aktualiseras frågan vilken rättsverkan som värdeöverföringen får. I 17 kap. finns två sanktionsregler, återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar. Den primära rättsföljden för en olovlig värdeöverföring är ogiltighet förenad med återbäringsskyldighet för den som mottagit värdeöverföringen enligt 17 kap. 6 §.<sup>58</sup> Om det uppkommer någon brist i återbäringen aktualiseras bristtäckningsansvarsregeln i 17 kap. 7 § ABL för de personer som medverkat till beslutet om värdeöverföringens genomförande. Rätten att göra gällande dessa sanktioner tillkommer bolaget och det följer av styrelsens ansvar för bolagets förvaltning att det är styrelsen som för

---

<sup>55</sup> Andersson, 2010, s. 123.

<sup>56</sup> Lindskog, 1995, s. 37.

<sup>57</sup> Prop. 2004/05:85 s. 377.

<sup>58</sup> Ibid., s. 391 ff.

bolagets talan om återbäringsskyldighet.<sup>59</sup> En talan om återbäring eller bristtäckning aktualiseras typiskt sett efter att bolaget försatts i konkurs.<sup>60</sup> Vid likvidation kan bolagets talan föras av likvidator och vid konkurs kan talan föras av konkursförvaltare för konkursboets räkning.<sup>61</sup>

### 3.3.1 Återbäringsskyldighet

Principen om återbäringsskyldighet vid värdeöverföringar i strid med ABL eller bolagsordning till aktieägare eller annan formuleras i 17 kap. 6 § 1 st. och stadgar att om en värdeöverföring som avses i 17 kap. 1 § 1 st. 1 eller 3 p. eller 17 kap. 5 § har skett i strid med bestämmelserna i 17, 18 eller 20 kap. ABL ska mottagaren återbära det denne uppburit, om bolaget visar att mottagaren insåg eller bort inse att värdeöverföringen stod i strid med ABL. Det vill säga endast om bolaget kan visa att mottagaren var i ond tro kan återbäringsskyldighet aktualiseras för denne. Även mottagare av förtäckta värdeöverföringar åtnjuter ett godtrosskydd, om än inte lika vidsträckt. I 17 kap. 6 § 1 st. 2 men. stadgas att om en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. som inte avser gåva enligt 17 kap. 5 § skett i strid med 17 kap. ABL är mottagaren skyldig att återbära vad denne uppburit om bolaget visar att denne insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget. Detta innebär att en mottagare av en förtäckt värdeöverföring endast undgår återbäringsskyldighet om denne inte insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget. Det krävs således inte att mottagaren inser att själva värdeöverföringen i sig stred mot ABL. Regeln om återbäringsskyldighet är tillämplig oavsett om värdeöverföringens olaglighet har sin grund i en överträdelse av en regel uppställd till skydd för aktieägarna eller borgenärerna. Om värdeöverföringen genomförts i strid med en bestämmelse uppställd till

---

<sup>59</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:25 f.

<sup>60</sup> Andersson, 1995, s. 647.

<sup>61</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:25 f.

skydd för aktieägarna aktualiseras emellertid inte återbäringsskyldigheten om bolagets samtliga aktieägare samtyckt till att åsidosätta bestämmelsen.<sup>62</sup>

Enligt ordalydelsen i 17 kap. 6 § ska mottagaren återbära vad denne genom värdeöverföringen har uppburit. I förarbetet framhålls att vad som ska återbäras beror på värdeöverföringens storlek och vilken regel som har överträtts. Om en värdeöverföring exempelvis skett i strid med beloppsspärren i 17 kap. 3 § innebär det att mottagaren endast behöver återbära det som motsvarar mellanskillnaden mellan värdet på det som mottagits och det som lovligen hade kunnat delas ut enligt 17 kap. 3 §. Om värdeöverföringen i stället skulle vara olovlig till följd av att den strider mot någon av vinstutdelningsreglerna i 18 kap. ABL blir värdeöverföringen olovlig i sin helhet och hela värdeöverföringen ska gå åter.<sup>63</sup>

Här inställer sig frågan om återbäringsskyldigheten ska uppfattas i strikt mening, eller om regeln ska uppfattas som en ersättningskyldighet. Det vill säga, är det exakt vad som uppburits som skall återbäras, eller är det värdet av det som utdelats som ska återgå? Här kan läsaren förstå att det lätt kan uppstå problem, exempelvis om värdeöverföringen endast till viss del är olovlig enligt 17 kap. 3 § och föremålet för värdeöverföringen är odelbart, låt säga en fastighet. I doktrinen har det förordats olika lösningar på problemet, Lindskog menar att värdeöverföringen i sin helhet ska återgå, eventuellt i kombination med att mottagaren erhåller ett belopp motsvarande utdelningsbart belopp.<sup>64</sup> Andersson menar å sin sida att återbäringsskyldigheten bör ses som en värdeersättningsregel, vilket innebär att mottagaren behåller det denne uppburit, men ersätter bolaget med ett belopp som motsvarar den olovliga delen av värdeöverföringen.<sup>65</sup>

Om föremålet för värdeöverföringen i stället utgörs av en delbar prestation, exempelvis pengar, är det naturligt att det endast är den summan som

---

<sup>62</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:23.

<sup>63</sup> Prop. 2004/05:85 s. 756.

<sup>64</sup> Lindskog, SvJT 1992 s. 98.

<sup>65</sup> Andersson, 1995, s. 621.



överskrider det utdelningsbara beloppet enligt 17 kap. 3 § som blir föremål för återbäring.<sup>66</sup>

### 3.3.1.1 Återbäringsskyldighetens tillämplighet

Andersson framför i sin bok skarp kritik mot formuleringen av 17 kap. 6 § ABL och menar att paragrafen enligt sin ordalydelse tillsammans med värdeöverföringsförbudet i 17 kap. 2 § ger sken av att återbäringsskyldighet endast aktualiseras vid värdeöverföringar i form av vinstutdelning, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna eller gåva i strid med bestämmelserna om värdeöverföring i 17, 18 och 20 kap. ABL.<sup>67</sup> Denna formulering leder till att värdeöverföringar till både aktieägare och utomstående, exempelvis vinstutdelning i strid med bolagsordningen, likhetsprincipen<sup>68</sup>, generalklausulerna<sup>69</sup>, funktionsfördelningen mellan bolagsorganen<sup>70</sup> eller värdeöverföringar till utomstående enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. faller utanför tillämpningsområdet för regeln om återbäringsskyldighet. Sanktionen vid sådana värdeöverföringar får i ett sådant fall enligt Andersson lösas enligt allmänna aktiebolagsrättsliga principer, vilket leder till stor rättsosäkerhet, då olika principer och olika rättsföljder kan komma att bli aktuella.<sup>71</sup>

Andersson menar att 17 kap. 6 § bör anses direkt eller analogt tillämpligt på alla typer av värdeöverföringar i strid med ABL eller bolagsordning till aktieägare eller tredje man, oberoende av lagtextens formulering. I 12 kap. 5 § ÄABL var regeln om återbäringsskyldighet formulerad i mer generella ordalag som,

*”Sker utbetalning till aktieägare i strid mot denna lag, skall mottagaren återbära vad han har uppburit [...]”.*

---

<sup>66</sup> Lindskog, SvJT 1992 s. 98, även Andersson, 2010, s. 209.

<sup>67</sup> Andersson, 2010, s. 204 f.

<sup>68</sup> Se 4 kap. 1 § ABL.

<sup>69</sup> Se 7 kap. 47 § och 8 kap. 41 § första stycket ABL.

<sup>70</sup> Se 8 kap. 42 § ABL.

<sup>71</sup> Andersson, 2010, s. 205 ff.

Även i lagtextförslaget till den nuvarande ABL framhöll Aktiebolagskommittén att återbäringsskyldigheten skulle formuleras i generella ordalag likt den i ÄABL uppställda regeln och vara tillämplig vid alla typer av olovliga värdeöverföringar.<sup>72</sup> Enligt Aktiebolagskommittén gällde för paragrafen att,

*”Oberoende av huruvida olagligheten har sin grund i en överträdelse av bestämmelse uppställd i borgenärernas eller aktieägarnas intresse eller följer av ett handlande i strid med kompetensfördelningen mellan bolagsorganen regleras rättsföljden av värdeöverföringen i denna paragraf [...] Paragrafen tar sikte på överträdelser av varje bestämmelse i lagen som är tillämplig vid värdeöverföring till aktieägare eller annan.”<sup>73</sup>*

Aktiebolagskommitténs avsikt var alltså att regeln om återbäringsskyldighet skulle vara tillämplig på samma vis som i ÄABL. Sanktionen vid otillåtna värdeöverföringar som reglerades i 12 kap. 5 § ÄABL utgjorde alltså lex specialis, oavsett av vilken anledning värdeöverföringen var olovlig.<sup>74</sup> Detta påstående stöddes av HD i NJA 1997 s. 418 och NJA 1999 s. 426.<sup>75</sup>

På sida 433 i NJA 1999 s. 426 uttalar HD att:

*”Bestämmelsen om befogenhetsöverskridande i [...] anger att en rättshandling som företagits för bolagets räkning inte gäller mot bolaget om företrädaren överskridit sin befogenhet och motparten insåg eller borde ha insett detta. Av doktrinen framgår att tillämpningsområdet för dessa regler varit omdiskuterat [...] men i praxis har de inte kopplats samman med 12 kap ABL på sätt Sturetvättens konkursförvaltare nu vill göra gällande. [Reglerna i 12*

---

<sup>72</sup> Se författningsförslaget till 16 kap. 12 § (jfr nuvarande 17 kap. 6 & 7 §§ ABL), SOU 1997:168 s. 36.

<sup>73</sup> SOU 1997:168 s. 102 f.

<sup>74</sup> Prop. 1975:103 s. 484 ff.

<sup>75</sup> Se Andersson, 2010, s. 144 f. för kommentar till nämnda rättsfall.

kap ÄABL] syftar till att skydda aktiebolagets borgenärer mot åtgärder som minskar bolagets kapital medan 8 kap 35 § 2 st [nuvarande 8 kap. 42 § 2 st. ABL] närmast är att uppfatta som en reglering av bolagets inre förhållanden. [...] Mot denna bakgrund kan Sturetvättens pantsättning inte angripas med stöd av bestämmelserna om befogenhetsöverskridanden.”

HD baserar stora delar av vad de framför i rättsfallet på Nerep anför i sin bok från 1994.<sup>76</sup> Nerep menar att 8 kap. 35 § 2 st. ÄABL enbart gäller bolagets ställföreträdares rätt att binda bolaget, det vill säga reglerar bolagets inre förhållanden, medan de tvingande borgenärsskyddsreglerna i 12 kap. ÄABL måste anses som självständiga regler som är oberoende av ställföreträdarnas befogenhet. Att ogiltighetsregeln i 12 kap. 5 § ÄABL<sup>77</sup> innefattar ett godtrosskydd har sina egna skäl, vilka inte har något samröre med fullmaktsläran och reglerna om bolagsorganens befogenhet och behörighet. Nerep framhåller även att det är genom den tvingande bestämmelsen i 12 kap. 5 § ÄABL som bolagets borgenärer ges bäst skydd.<sup>78</sup> Om en situation uppfyller rekvisiten i bägge paragraferna gäller således 12 kap. 5 § ÄABL som *lex specialis*, i vart fall om transaktionen strider mot kapitalskyddsreglerna.

I propositionen till ABL gavs emellertid tvetydiga instruktioner om hur 17 kap. 6 § skulle tolkas. Å ena sidan skriver lagstiftaren att handlande i strid med likhetsprincipen eller behörighetsöverskridanden i 8 kap. 41 § ABL inte ska omfattas av återbäringsskyldigheten i 17 kap. 6 §, medan man å andra sidan vid ett senare tillfälle framhåller att paragrafen ska vara generellt tillämplig vid värdeöverföringar i strid med ABL eller bolagsordning.<sup>79</sup> Om värdeöverföringar kommit till i strid med exempelvis 8 kap. 41 § inte skulle omfattas av återbäringsskyldigheten skulle i stället de rättsföljder som i allmänhet gäller för sådana överträdelser inträda, och den

---

<sup>76</sup> Nerep, 1994, s. 47 ff.

<sup>77</sup> Jfr nuvarande 17 kap. 6 och 7 §§ ABL.

<sup>78</sup> Nerep, 1994, s. 49.

<sup>79</sup> Jfr prop. 2004/05:85 s. 755-756 och s. 760.

olovliga utdelningen skulle återgå till bolaget, oavsett mottagarens goda tro. Här ska även anmärkas på att lagstiftaren talar om behörighetsöverskridanden som regleras i 8 kap. 41 §. Behörighetsöverskridanden regleras inte i 8 kap. 41 §, som ju är generalklausulen, utan i 8 kap. 42 §. Andersson menar att paragrafhänvisningen till generalklausulen, som är en befogenhetsregel, trots allt måste vara avsedd till just denna paragraf (8 kap. 41 §) oavsett den felaktiga användningen av begreppet ”behörighetsöverskridanden”.

Såväl återbäringsregeln i ÄABL och nuvarande ABL ger enligt Andersson uttryck för en generell princip att återbäringskyldighet uppstår vid överföringar i strid med ABL eller bolagsordningen till aktieägare eller utomstående. Följden blir därför enligt Andersson att bortse från det ena av lagstiftarens uttalanden i propositionen och att tolka 17 kap. 6 § som att den direkt eller analogt omfattar alla typer av värdeöverföringar i strid med ABL eller bolagsordning till aktieägare eller annan.<sup>80</sup> I och med det just anförda och med hänsyn till rättsläget enligt 12 kap. 5 § ÄABL samt lagstiftarens avsaknad av rättspolitisk diskussion kring frågan i propositionen<sup>81</sup> till ABL blir följden att rättsföljderna av en olovlig värdeöverföring exklusivt följer av 17 kap. 6 och 7 §§.<sup>82</sup> Slutsatsen blir därför att om en förtäckt värdeöverföring omfattar exempelvis ett kompetensöverskridande enligt 8 kap. 42 § eller en överträdelse av generalklausulen i 8 kap. 41 § ABL framgår rättsföljden exklusivt av 17 kap. 6 och 7 §§. En rättshandling som faller utanför tillämpningsområdet för värdeöverföringsbegreppet i 17 kap. ABL omfattas däremot inte och i ett sådant fall blir övriga regler tillämpliga.

### **3.3.2 Bristtäckningsansvar**

Om det vid en aktualiserad återbäringskyldighet enligt 17 kap. 6 § uppkommer en brist, det vill säga att mottagaren av värdeöverföringen av

---

<sup>80</sup> Andersson, 2010, s. 208.

<sup>81</sup> Prop. 2004/05:85.

<sup>82</sup> Andersson, 2010, s. 144, s. 146 och 206 ff, även Lehrberg, 2016, s. 320.

någon anledning inte är i stånd att återbära det som uppburits, kan det bli fråga om bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 7 §. En sådan brist kan orsakas av att den återbäringskyldige saknar betalningsförmåga eller att mottagaren skyddas av godtrosregeln i 17 kap. 6 §.<sup>83</sup>

Bristtäckningsansvaret utgör ett medverkansansvar, och enligt 17 kap. 7 § 1 st. 1 men. är det de personer som har medverkat till beslutet om värdeöverföringen som är ansvariga för att avhjälpa bristen. Enligt andra meningen i samma lagrum aktualiseras bristtäckningsansvar för de som medverkat till verkställandet av beslutet om värdeöverföringen eller de som medverkat till upprättandet eller fastställandet av en oriktig balansräkning som har legat till grund för värdeöverföringsbeslutet. Bristtäckningsansvar kan enligt den första meningen aktualiseras om exempelvis en styrelseledamot har föreslagit för bolagsstämman att besluta om en olovlig värdeöverföring eller om en aktieägare har röstat för ett sådant beslut. Som exempel på bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 7 § 1 st. 2 men. kan nämnas om en styrelseledamot eller VD har verkställt en utbetalning eller ingått ett avtal som innebär en olovlig värdeöverföring.<sup>84</sup> För att bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 7 § 1 st. ska kunna göras gällande förutsätts enligt andra stycket uppsåt eller oaktsamhet vad avser styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, lekmannarevisor och särskild granskare. Bristtäckningsansvar för aktieägare och tredje man kräver enligt samma stycke uppsåt eller *grov* oaktsamhet.

Enligt 17 kap. 7 § 3 st. kan bristtäckningsansvar i vissa fall även åläggas den som, utan att själv ha medverkat till den olovliga värdeöverföringen, har tagit emot den utdelade egendomen. Skillnaden mellan återbäringskyldigheten i 17 kap. 6 § och bristtäckningsansvaret i 17 kap. 7 § 3 st. är att 6 § reglerar mottagandet i första ledet, det vill säga aktualiseras för den första mottagaren av värdeöverföringen, medan 17 kap. 7 § 3 st. reglerar mottagande i ett senare led. För att mottagare i andra ledet ska

---

<sup>83</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:27.

<sup>84</sup> Ibid.

kunna hållas ansvariga krävs enligt 17 kap. 7 § 3 st. att denne hade vetskap om att den överförda egendomen härrörde från en olaglig värdeöverföring och mottog egendomen från någon som är återbäringskyldig enligt 17 kap. 6 §.<sup>85</sup>

Slutligen kan nämnas att bristtäckningsansvaret är solidariskt och om det är flera personer som är skyldiga att täcka den uppkomna bristen har bolaget således möjlighet att vända sig mot vem som helst av de bristtäckningsansvariga. Den som betalar bolaget den uppkomna bristen har i sin tur möjlighet att vända sig mot de övriga bristtäckningsskyldiga för att kräva ersättning.<sup>86</sup>

### 3.4 Summering

För att kortfattat sammanfatta detta kapitel inför den kommande framställningen följer här en summering av de viktigaste punkterna att hålla i minnet.

Mot bakgrund av värdeöverföringsförbudet i 17 kap. 2 § måste den första frågan som ska besvaras vara om en värdeöverföring föreligger enligt 17 kap. 1 §. Om så är fallet går man vidare till att bedöma dess lovlighet, och om så inte är fallet kan inte reglerna i 17 kap. över huvud taget tillämpas. Detta innebär emellertid inte att transaktionen är laglig, den kan strida mot exempelvis generalklausulerna i 7 kap. 47 § och 8 kap. 41 §, eller bolagsföreträdarnas vård- eller lojalitetsplikt, med påföljande skadeståndsansvar enligt 29 kap. ABL, men i och med att transaktionen inte utgör någon värdeöverföring kan den inte vara olovlig enligt bestämmelserna i 17 kap.

---

<sup>85</sup> Jfr NJA 1997 s. 418, se s. 452 i referatet.

<sup>86</sup> Prop. 2004/05:85 s. 397.

I ett bolag vars verksamhet, i överensstämmelse med ABL:s presumtion, bedrivs i vinstsyfte<sup>87</sup> får en förtäckt värdeöverföring från bolaget enbart genomföras lagligen om samtliga aktieägare samtycker till den, och den enligt 17 kap. 3 § inte inkräktar på det bundna egna kapitalet och framstår som försvarlig enligt försiktighetsregeln. Om ett sådant samtycke från samtliga aktieägare *inte* föreligger, och en sådan värdeöverföring ändå sker, är värdeöverföringen olaglig på den grunden och ska underkastas reglerna om återbäringskyldighet och bristtäckningsansvar i 17 kap. 6 och 7 §§. Detsamma gäller om aktieägarna har fattat ett enhälligt beslut om att företa värdeöverföringen, men beslutet inkräktar på det bundna egna kapitalet eller framstår inte som försvarligt enligt försiktighetsregeln. Dessa bestämmelser är uppställda i borgenärernas skyddsintresse och därför inte kan åsidosättas ens med samtliga aktieägares samtycke.<sup>88</sup>

Om återbäringsansvar inte kan göras gällande mot mottagaren av värdeöverföringen, exempelvis för att denne saknar betalningsförmåga eller att mottagaren skyddas av godtrosregeln i 17 kap. 6 §, aktualiseras bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 7 § för de som medverkat till beslutet eller dess verkställande.

---

<sup>87</sup> Se 3 kap. 3 § ABL.

<sup>88</sup> Ds 2018:15 s. 375 och SOU 1997:168 s. 103, se även Andersson, 2010, s. 159.

## 4 Begreppet förtäckt värdeöverföring

Det som kännetecknar en förtäckt värdeöverföring är en utbetalning till aktieägare eller annan som sker i förtäckt form, alltså ett avtal som prima facie framstår som ett normalt förmögenhetsrättsligt avtal men som i själva verket innefattar ett vederlagsfritt förfogande över bolagets förmögenhet till förmån för någon annan.<sup>89</sup> En förtäckt värdeöverföring är emellertid för handen även om bolaget förlorar värde utan att någon annan gör en motsvarande vinning.<sup>90</sup>

Den legala definitionen av en förtäckt värdeöverföring återfinns, som nämnts i kapitel 3.1 ovan, i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL och lyder,

*”Med värdeöverföring avses i denna lag [...] annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.”*

För att det ska vara aktuellt att tala om en förtäckt värdeöverföring krävs alltså att tre rekvisit är uppfyllda; det ska röra sig om en (1) annan affärshändelse, som (2) innebär en förmögenhetsminskning för bolaget, och som (3) inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget.

I följande kapitel ska innebörden av dessa tre rekvisit avhandlas, med särskilt fokus på det sista rekvisitet, affärsmässigheten. Därefter behandlas den i litteraturen omdebatterade frågan om det är subjektiva eller objektiva faktorer som ska vara avgörande när bedömningen om en transaktions förenlighet med värdeöverföringsreglerna görs.

---

<sup>89</sup> Andersson, 2010, s. 71.

<sup>90</sup> SOU 2001:1 s. 355.



## 4.1 Annan affärshändelse

För att få en enklare överblick över rekvisitet ”annan affärshändelse” bryter vi upp den i sina två ord ”annan” respektive ”affärshändelse”. Med ”annan” avses andra typer av värdeöverföringar än de som ställs upp i 17 kap. 1 § 1 st. 1–3 p. ABL, det vill säga öppna värdeöverföringar i form av vinstutdelning, förvärv av egna aktier och återbetalning till aktieägare genom minskning av aktiekapitalet eller reservfonden.<sup>91</sup> I förarbetena till ABL kopplas begreppet ”affärshändelse” i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. samman med motsvarande begrepp i 1 kap. 2 § 1 st. 7 p. BFL.<sup>92</sup> Med affärshändelse avses således alla förändringar i storleken och sammansättningen av ett företags förmögenhet som beror på företagets ekonomiska relationer med omvärlden, såsom in- och utbetalningar, uppkomna fordringar och skulder samt egna tillskott till och uttag ur verksamheten av pengar, varor eller annat.

Lehrberg har i en artikel kritiserat valet av begreppet ”annan affärshändelse” och anser att begreppet inte anknyter till civilrättsliga realiteter utan snarare till bolagets bokföring. Lehrberg menar vidare att begreppet ”affärshändelse” inte heller anknyter till rättshandlingsbegreppet, vilket han ser som problematiskt eftersom vissa av bestämmelserna rörande värdeöverföringar avser just återgång av rättshandlingar. En tänkbar anledning till att värdeöverföringsbegreppet knutits till definitionen av affärshändelse i 1 kap. 2 § 1 st. 7 p. BFL är enligt Lehrberg att det enbart är händelser som kan och enligt BFL ska bokföras som kan betraktas som värdeöverföringar.<sup>93</sup>

Enligt Andersson bör däremot ingen särskild vikt fästas vid begreppet ”annan affärshändelse”, andra uttryck, som till exempel ”annan rättshandling” eller ”annan transaktion” hade kunnat användas med samma

---

<sup>91</sup> Andersson, 2010, s. 92.

<sup>92</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747 och SOU 2001:1 s. 354 f.

<sup>93</sup> Lehrberg, SvJT 2012 s. 542, för replik se Andersson, SvJT 2014 s. 72.

resultat.<sup>94</sup> Syftet med begreppet ”annan affärshändelse” är enligt Andersson således att omfatta alla sorters transaktioner som ett bolag gör med omvärlden.<sup>95</sup> Det är alltså inte meningen att ovan citerade paragraf ut BFL ska styra vad som kan utgöra en förtäckt värdeöverföring. Begreppet ”annan affärshändelse” bör helt skiljas från bolagets i redovisningen upptagna värde på tillgångar och skulder. Redovisningen är alltså inte styrande för frågan om en värdeöverföring genomförts. I propositionen till ABL framhåller även lagstiftaren att det inte är av någon avgörande betydelse för värdeöverföringsbegreppet vilka effekter transaktionen får på bolagets redovisning.<sup>96</sup>

## 4.2 Förmögenhetsminskning

För att en affärshändelse ska kunna anses utgöra en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL är en grundförutsättning att bolagets förmögenhet genom den aktuella transaktionen minskar, antingen direkt eller indirekt. En transaktion som inte medför någon förändring i bolagets förmögenhet, eller som leder till att förmögenheten rent av ökar kan således inte utgöra någon värdeöverföring.<sup>97</sup> Om en affärshändelse medför en förmögenhetsminskning för bolaget eller ej ska enligt propositionen avgöras enligt allmänna principer och det har ingen avgörande betydelse vilka effekter den får på bolagets redovisning. Avhändelse av bolagets egendom till ett pris som motsvarar bokfört värde kan därför utgöra en värdeöverföring om egendomens marknadsvärde överstiger det bokförda värdet.<sup>98</sup> Detta innebär att regeln om förtäckta värdeöverföringar i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL avviker från den praxis som etablerats i NJA 1995 s. 742. I rättsfallet fann HD att en vinstutdelning enligt ÄABL inte förelåg när ett bolag sålt tillgångar till ett pris motsvarande dess bokförda värde, trots att marknadsvärdet översteg det bokförda värdet. Till begreppet värdeöverföring appliceras alltså sådana handlingar som att bolaget till

---

<sup>94</sup> Andersson, 2010, s. 93.

<sup>95</sup> För avvikande åsikt se Lehrberg, SvJT 2012 s. 542 ff.

<sup>96</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747.

<sup>97</sup> Andersson, Johansson & Skog, 2017, s. 17:3.

<sup>98</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747.

exempel avhänder sig egendom till underpris, förvärvar egendom till överpris, betalar ut lön eller arvode för tjänster eller arbeten som inte alls eller endast delvis motsvaras av utbetalningen, upptar lån till högre ränta än marknadsräntan, skriver av fordringar eller låter fordringar preskriberas. Även penninglån till aktieägare som vid lånetillfället saknar möjlighet att återbetala lånet har ansetts utgöra förtäckt värdeöverföring.<sup>99</sup> Hur affärshändelsen betecknas spelar enligt förarbetet inte någon roll.<sup>100</sup>

När det gäller att genom ”allmänna principer” avgöra om en affärshändelse medför en förmögenhetsminskning för bolaget eller ej framgår det inte av förarbetet vilka dessa principer skulle kunna vara. En viss precisering står emellertid att finna i SOU 2001:1. Där framhåller man att frågan huruvida en transaktion påverkar bolagets förmögenhet negativt får avgöras med i första hand vanliga värderingsprinciper. Därefter ges ett exempel; om ett bolag lämnar ett lån till lägre ränta än marknadsräntan innebär det att bolagets fordran på låntagaren är mindre värd än om lånet lämnas på marknadsmässiga villkor. Denna skillnad ska i vissa fall synliggöras i bolagets balansräkning. Även om bolaget inte kan anses ha någon skyldighet att företa en sådan redovisning får ett lån till ränta understigande marknadsräntan anses vara förlustbringande och därmed en värdeöverföring. Frågan om räntan är marknadsmässig eller ej får avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet med tillämpning av vanliga regler om bevisbörda och bevisvärdering.<sup>101</sup> Av det nu anförda får tolkas så, att det är omständigheterna i det enskilda fallet som får avgöra vilka allmänna principer som ska ligga till grund för avgörandet om en förmögenhetsminskning är för handen eller ej. Att lagstiftaren valt en så pass vag formulering som ”allmänna principer” kan eventuellt motiveras genom att det ger möjlighet att inkludera praktiskt taget vilka bedömningsgrunder som helst för att avgöra om en viss transaktion innebär en förmögenhetsminskning eller ej. Myntets baksida blir emellertid en icke obetydande osäkerhet i rättstillämpningens förutsebarhet.

---

<sup>99</sup> NJA 1951 s. 6 I.

<sup>100</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747.

<sup>101</sup> SOU 2001:1 s. 355.

Uttalandet i SOU 2001:1 ovan ligger i linje med vad Andersson anför i sin bok, där han menar att allmänna principer innebär att bolagets respektive motpartens prestationer ska tillskrivas ett värde med utgångspunkt i en försiktig bedömning av prestationernas marknadsvärden. Därefter ska en jämförelse mellan bolagets och motpartens prestationer göras, och om värdet av bolagets prestation överstiger värdet av motpartens dito föreligger en förmögenhetsminskning för bolaget.<sup>102</sup>

Hur stor denna värdediskrepans ska vara framgår inte, varken av ABL, dess förarbete eller praxis.<sup>103</sup> I äldre förarbeten, närmare bestämt betänkandet till 1944 års ABL, förefaller det som att det ska röra sig om en *uppenbar* värdediskrepans mellan bolagets och mottagarens prestationer,

*”Om bolaget av sina aktieägare köper till uppenbart överpris eller till dem säljer för uppenbart underpris, kan den däri liggande förmögenhetsförskjutningen vara att bedöma såsom en förtäckt vinstutdelning.”*<sup>104</sup>

Ett liknande uppenbarhetsrekvisit förespråkas både i den äldre och den mer moderna doktrinen. I likhet med ovan citerade förarbete menar Nial att det krävs att transaktionen innefattar en uppenbar värdediskrepans. Han påpekar att en försäljning av bolagets egendom till uppenbart underpris står i strid med borgenärsskyddsreglerna.<sup>105</sup> Även Danielsson förespråkar ett liknande krav. Han förklarar att enbart för att det framstår som självklart att utbetalning mot vederlag anses som tillåten, ska det inte förstås som så att utbetalning mot vilket vederlag som helst är tillåtet. Vid bedömning om utbetalningsförbudet har kränkts genom att bolagets avhänts egendom mot vederlag inte kan bli fråga om någon noggrann avvägning mellan prestation och motprestation, i stället måste en ett uppenbart missförhållande föreligga

---

<sup>102</sup> Andersson, 2010, s. 94.

<sup>103</sup> Ibid., s. 83.

<sup>104</sup> SOU 1942:2 s. 18.

<sup>105</sup> Nial, 1948, s. 52.

mellan vad bolaget avhändert sig och vad det fått tillbaka.<sup>106</sup> En mer nutida förespråkare av uppenbarhetsrekvisitet är Sacklén, som framhåller att det torde förutsättas att det föreligger ett sådant missförhållande mellan bolagets och motpartens utfästelser, att det är uppenbart att en transaktion delvis är benefik.<sup>107</sup>

Nerep söker i sin bok svaret på frågan genom att analogt tillämpa återvinningsbestämmelsen beträffande gåvor i 4 kap. 6 § 2 st. KonkL eftersom även denna regel utgör en borgenärsskyddsregel av jämförbar karaktär. Paragrafen stadgar att för att återvinning av köp, byte eller avtal krävs att det är uppenbart att avtalet delvis har egenskap av gåva. Hur detta rekvisit om uppenbarhet analogt ska överföras till bolagets förmögenhetsminskning vid en värdeöverföring ter sig dock problematiskt och Nerep konstaterar slutligen att det ur ett kapitalskyddsperspektiv framstår som otillfredsställande att avsiktliga värdefrånhandanden av bolagets tillgångar ska kunna vara oangripbara enbart med hänvisning till att värdediskrepansen mellan bolagets och motpartens prestationer inte är avsevärd. I stället menar han att varje värdeskillnad mellan prestationerna ska utgöra en förmögenhetsminskning i värdeöverföringsbegreppets mening, och att det är transaktionens affärsmässighet som i stället ska vara avgörande.<sup>108</sup>

Andersson delar Nereps åsikt att det inte ställs något krav på att värdediskrepansen ska vara uppenbar.<sup>109</sup> Skälet till detta är precis som Nerep framhåller att ett uppenbarhetsrekvisit försvårar snarare än förenklar möjligheten att angripa förtäckta värdeöverföringar.<sup>110</sup> I stället menar Andersson att det ska göras en strikt objektiv bedömning huruvida en skillnad föreligger mellan bolagets och motpartens prestationer. Med detta avses att man enbart ska ta hänsyn till och jämföra värdet av bolagets

---

<sup>106</sup> Danielsson, SvJT 1954 s. 577 f.

<sup>107</sup> Sacklén, SvJT 1994 s. 145.

<sup>108</sup> Nerep, 1994, s. 62 ff.

<sup>109</sup> Andersson, 1995, s. 405.

<sup>110</sup> Ibid., s. 406.

respektive motpartens prestation.<sup>111</sup> Innebörden av detta blir att varje transaktion där värdet av bolagets prestation överstiger värdet av motpartens ska anses utgöra en förmögenhetsminskning för bolaget.

#### **4.2.1 Direkt och indirekt förmögenhetsminskning**

Enligt flera av förarbetena till den nuvarande ABL framgår att en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. utgörs av varje icke affärsmässigt betingad transaktion som medför att bolagets förmögenhet minskar, direkt såväl som indirekt.<sup>112</sup>

En direkt förmögenhetsminskning avser sådana transaktioner som innebär att bolagets förmögenhet minskar omedelbart, exempelvis om bolaget avhänds tillgångar i form av pengar eller sakvärden, efterger fordringar, påtar sig skuldförbindelser eller ställer säkerhet för annans skuld. Transaktionens effekt är att bolagets förmögenhet är mindre efter att transaktionen har genomförts än den var innan.<sup>113</sup> Vad gäller praxis på värdeöverföringsområdet är det i huvudsak just situationer avseende de direkta förmögenhetsminskningarna som har behandlats.<sup>114</sup>

En indirekt förmögenhetsminskning skiljer sig från en direkt förmögenhetsminskning genom att transaktioner med indirekt förmögenhetsminskning endast minskar bolagets förmögenhet på så vis att bolaget går miste om en intäkt det kunde fått ta del av, exempelvis en ränte- eller hyresintäkt. En indirekt förmögenhetsminskning föreligger alltså om bolagets förmögenhet i och för sig inte minskar som följd av ett avtal eller annan rättshandling, men inte heller ökar, vilket hade varit fallet om bolaget

---

<sup>111</sup> Andersson, 1995, s. 394.

<sup>112</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747, SOU 1997:168 s. 66 och SOU 2001:1 s. 355.

<sup>113</sup> Andersson, 2010, s. 94.

<sup>114</sup> För exempel på rättsfall, se Nerep, 2018, s. 545.

företagit sagda rättshandling till marknadsmässiga villkor.<sup>115</sup> Som exempel på just detta kan nämnas att bolaget ger mottagaren ett lån till ingen eller för låg ränta, utför helt eller delvis vederlagsfria tjänster, eller låter mottagaren vederlagsfritt nyttja bolaget tillhörig egendom. Av förarbetet syns det tydligt framgå att indirekta förmögenhetsminskningar omfattas av värdeöverföringsbegreppet.<sup>116</sup> I rättspraxis saknas dock uttryckligt stöd för att så skulle vara fallet. Andersson menar att visst stöd till fördel för den indirekta förmögenhetsminskningen kan hämtas ur rättsfallen NJA 1962 s. 461 och NJA 1995 s. 742. Inom doktrinen finns emellertid ett ganska brett stöd för att indirekta förmögenhetsminskningar skulle omfattas av värdeöverföringsbegreppet. Andersson är av åsikten att indirekta värdeminskningar omfattas, men påpekar att viss försiktighet är påkallad så att begreppet inte ges för vid innebörd.<sup>117</sup> Såväl Nerep som Lindskog menar, i likhet med Andersson att indirekta förmögenhetsminskningar ska omfattas av värdeöverföringsbegreppet, men hävdar också att bolagets underlåtenhet att göra en lönsam affär kan innebära en indirekt värdeminskning och ska som sådan omfattas av värdeöverföringsbegreppet. En förutsättning, enligt både Nerep och Lindskog för att ett avstående från en lönsam affär ska omfattas av värdeöverföringsbegreppet är dock att affärens lönsamhet var känd sedan innan och avståndstagandet från bolagets sida medveten.<sup>118</sup> Svårigheten med att ge den indirekta förmögenhetsminskningen en så vid omfattning är att begreppet saknar precision, det är problematiskt att definiera vad som exakt utgör en lönsam affär. Detta skulle leda till stora avgränsningsproblem med rättsosäkerhet och brist på förutsebarhet som naturlig följd. Att värdeöverföringsbegreppet skulle omfatta avstående av lönsamma affärer skulle även leda till problem för bolagsorganens frihet i förvaltningen av bolagets angelägenheter. Andersson är därför av åsikten att ett avstående från en lönsam affär inte bör bedömas mot bakgrund av värdeöverföringsreglerna i 17 kap, utan mot lojalitetsplikten för bolagets

---

<sup>115</sup> Andersson, 2010, s. 95.

<sup>116</sup> Prop. 2004/05:85 s. 747.

<sup>117</sup> Andersson, 2010, s. 96.

<sup>118</sup> Nerep, 1994, s 59 fotnot 66 och Lindskog, 1995, s. 50.

organledamöter i skadeståndsreglerna i 29 kap ABL, vilket får anses vara en rimligare lösning.<sup>119</sup>

### 4.3 Rent affärsmässig karaktär för bolaget

Den tredje och sista förutsättningen för att en affärshändelse som medfört en förmögenhetsminskning ska omfattas av värdeöverföringsbegreppet är att den inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget. Med detta innebär att transaktionen i fråga helt eller delvis saknar kommersiellt syfte.<sup>120</sup> Det är i huvudsak detta rekvisit som Nerep bygger sin uppsats kring.<sup>121</sup>

Enligt förarbetena till ABL ska frågan huruvida en genomförd transaktion är att beteckna som affärsmässig eller ej, avgöras med hänsyn till utåt iakttagbara omständigheter kring händelsen, där särskild vikt ska fästas vid värdediskrepansen mellan parternas prestationer. Enbart det förhållandet att transaktionen är oförmånlig för bolaget och förmånlig för motparten medför dock inte per automatik att den är att betrakta som en värdeöverföring. Det är uppenbart att ett bolag på förhand inte alltid kan göra en fullständigt korrekt bedömning av vilket resultat en transaktion kommer att innebära. Bolaget ges således ett visst svängrum eftersom en dålig affär inte är att betrakta som en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL.<sup>122</sup>

Enligt förarbetena ska, förutom värdediskrepansen mellan parternas prestationer, vid en bedömning av transaktionens affärsmässighet betydelse även tillmätas andra objektivt iakttagbara kriterier som till exempel huruvida transaktionen framstår som förenlig med den verksamhet som bolaget normalt bedriver. Utgör transaktionen ett normalt led i bolagets verksamhet får den anses ha affärsmässig karaktär. Även transaktionens rättsliga karaktär ska beaktas, det vill säga om det rör sig om köp, byte,

---

<sup>119</sup> Andersson, 2010, s. 98.

<sup>120</sup> Ibid. s. 99.

<sup>121</sup> Nerep, 2018, s. 543.

<sup>122</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.



pant, borgensåtagande, löneutbetalning eller dylikt.<sup>123</sup> Likaså mottagarens relation till bolaget ska tillmätas betydelse, om denne exempelvis är aktieägare med betydande inflytande i bolaget, styrelseledamot eller annan ledande befattningshavare i bolaget, utomstående och så vidare.<sup>124</sup>

Gränsdragningen mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring är inte helt enkel att göra. I propositionen ges exempel på när en transaktion är att anse som en värdeöverföring till följd av bristande affärsmässighet. Om det rör sig om en transaktion mellan ett fåmansbolag och en aktieägare i bolaget, torde en relativt liten värdediskrepans mellan parternas prestationer, till fördel för aktieägaren, föranleda att transaktionen är att betrakta som en värdeöverföring, detta eftersom syftet med en sådan transaktion kan antas vara att gynna aktieägaren ekonomiskt. Om samma fåmansbolag däremot gör en transaktion med en utomstående person ges utrymme för större värdediskrepans mellan parternas prestationer utan att transaktionen anses utgöra en värdeöverföring. Bedömningen får göras från fall till fall.<sup>125</sup>

Enligt propositionen ska en transaktion betraktas som en värdeöverföring om den inte är av *rent* affärsmässig karaktär. Av detta följer att transaktioner som till viss del är av affärsmässig karaktär men som i någon annan del inte är det utgör en värdeöverföring om de medför att bolagets förmögenhet minskar.<sup>126</sup> Hur detta uttalande ska tolkas är inte helt klart; hur ska en affärshändelse som samtidigt har både partiell affärsmässighet och partiell icke-affärsmässighet bedömas? Andersson är av åsikten att om en transaktion till en del har affärsmässig karaktär, men till en annan del saknar detta, är det enbart den del av transaktionen som saknade affärsmässig karaktär som blir att anse som en värdeöverföring.<sup>127</sup> Lehrberg å andra sidan menar att kravet innebär att det räcker med att endast en del av transaktionen saknar affärsmässighet för att hela transaktionen ska bedömas

---

<sup>123</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.

<sup>124</sup> SOU 2001:1 s. 356.

<sup>125</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.

<sup>126</sup> Ibid.

<sup>127</sup> Andersson, 2010, s. 100.

som icke affärsmässig och att transaktionen därför utgör en värdeöverföring i sin helhet.<sup>128</sup>

Oavsett om man ställer sig bakom Anderssons eller Lehrbergs metod ligger bekymret i att bestämma hur affärsmässigheten ska kvantifieras, vilket till följd av den något bristande formuleringen i propositionen kommer att bli ett fall för domstolarna att ta ställning till. Lehrbergs metod förefaller enklare ur en aspekt, om hela transaktionen bedöms som icke affärsmässig uppstår inget bekymmer att fastställa hur stor del av transaktionen som är affärsmässig och som därför inte ska vara att anse som en värdeöverföring. Genom Anderssons metod tvingas domstolen göra eventuella skönsmässiga bedömningar för att uppskatta värdet av de affärsmässiga respektive icke affärsmässiga delarna av transaktionen. Emellertid krävs enligt bägge metoderna att domstolen till en början gör en bedömning av om transaktionen till viss del saknar affärsmässighet, och som uttryckligen påpekas i propositionen ska vid en sådan bedömning särskild vikt fästas vid värdediskrepansen och om transaktionen utgör ett normalt led i bolagets verksamhet.<sup>129</sup> I ett sådant fall torde det inte vara alltför besvärligt för domstolen att, med hjälp av exempelvis marknadsmässiga prissättningar eller dylikt, kunna göra en bedömning av hur stor del av en viss transaktion som saknar affärsmässighet. Om det således är möjligt för domstolen att fastställa till vilken del en transaktion anses vara affärsmässig är det enligt min mening motiverat att inte hela transaktionen ska anses som icke affärsmässig. Om en bedömning medför att en mindre del av transaktionen anses sakna affärsmässighet kan man se att resultatet, beroende på vilken metod som tillämpas, blir mer eller mindre önskat ur ett omsättningsperspektiv.

Låt oss säga att bolaget B säljer en vara till aktieägare A, omständigheterna leder till att transaktionen bedöms som icke affärsmässig till 20 %. Enligt Lehrberg ska då hela transaktionen anses utgöra en värdeöverföring och ska

---

<sup>128</sup> Lehrberg, SvJT 2012 s. 549.

<sup>129</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.

underkastas prövning enligt beloppsspärren och försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § ABL. Ponera att bolaget B inte har särskilt mycket ekonomiskt utrymme att genomföra en sådan värdeöverföring enligt ovan nämnda paragraf. Resultatet blir att praktiskt taget hela värdeöverföringen blir olovlig och en eventuell återbäringsskyldighet inträder för aktieägare A om denne varit i ond tro<sup>130</sup>, annars aktualiseras bristtäckningsansvaret. Med Anderssons metod blir resultatet i stället så att det enbart är den icke affärsmässiga delen, det vill säga 20 % av transaktionen som blir att anse som en värdeöverföring. Resten av transaktionen blir undantagen prövning eftersom 17 kap. ABL inte blir tillämpligt, den delen är att anse som vilken lovlig transaktion som helst. Även om bolaget B inte har särskilt stort ekonomiskt svängrum enligt 17 kap. 3 § blir den olovliga delen av transaktionen som aktualiserar en eventuell återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar för nyckelpersonerna i bolaget B mindre. Om bolaget har genomfört en transaktion som till största delen kan bedömas som lovlig förefaller det, i min mening, kontraproduktivt mot bolagens möjligheter att göra effektiva affärer, att hela transaktionen ska underkastas en prövning enligt värdeöverföringsbestämmelserna. Av detta skäl får jag ställa mig bakom den av Andersson förespråkade metoden.

### 4.3.1 Objektiv eller subjektiv bedömning?

Som påpekats ovan ska frågan om en viss transaktion ska anses ha affärsmässig karaktär för bolaget avgöras främst med hänsyn till *utåt iakttagbara* omständigheter kring händelsen.<sup>131</sup> Med detta begrepp ska förstås att bedömningen ska göras utifrån *objektiva* kriterier.<sup>132</sup> En i doktrinen omdebatterad fråga är huruvida bedömningen om en transaktions affärsmässighet enbart ska avgöras på de i förarbetet uppställda objektiva kriterierna, eller om *subjektiva* kriterier bör användas för att besvara frågan om en transaktions affärsmässighet. Både den subjektiva och den objektiva

---

<sup>130</sup> Se närmare i kap. 3.3.1 och 3.3.2 ovan.

<sup>131</sup> Prop. 2004/05:85 s. 478.

<sup>132</sup> Ibid., s. 371.

förklaringsmodellen syftar till att förklara och i nästa led undanta transaktioner där fråga är om en förmogenhetsminskning för bolaget till följd av en värdediskrepans, men där transaktionen trots allt är kommersiellt grundad.<sup>133</sup>

Att en rättsregel har subjektiva rekvisit betyder att hänsyn ska tas till de individuella omständigheterna i det aktuella fallet. Termen används ofta för regler som innebär att vetskap, oaktsamhet eller uppsåt är relevanta som rekvisit. Är en rättsregel utformad med objektiva rekvisit ska hänsyn tas till de konkreta omständigheter som uppkommit i det aktuella fallet. Dessa konkreta omständigheter ska vara lätta att bevisa och vara lämpliga om man beaktar det materiella resultatet av tillämpningen.<sup>134</sup>

Grundproblemet är enligt Lehrberg att ett fall då bolaget har förlorat pengar till följd av en dålig affär och fall då bolaget har förlorat pengar till följd av en förtäckt värdeöverföring utåt sett kan vara helt identiska, men ha uppkommit av olika anledningar.<sup>135</sup> En förespråkad lösning är då att beakta subjektiva kriterier för att på så vis försäkra sig om att det enbart är de förtäckta värdeöverföringarna, och inte de dåliga affärerna, som omfattas av värdeöverföringsbegreppet. Denna subjektiva bedömning skulle enligt olika författare grunda sig på vad bolagets ställföreträdarens avsikt med den ifrågavarande transaktionen var. Bedömningen skulle kunna bestå i att det krävs att bolagets ställföreträdare antingen hade uppsåt (var medvetna om värdediskrepansen), var grovt oaktsamma (måste ha insett att det förelåg en värdediskrepans) eller endast oaktsamma (bort inse värdediskrepansens existens).<sup>136</sup>

I sitt remissutlåtande ansåg Lagrådet att definitionen ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. inte på ett tillräckligt tydligt sett

---

<sup>133</sup> Andersson, 2010, s. 85.

<sup>134</sup> Lehrberg, SvJT 2012 s. 557 f.

<sup>135</sup> Ibid., s. 568.

<sup>136</sup> Andersson, 2010, s. 84.

korresponderade med praxis. Lagrådet föreslog i stället att följande lydelse skulle användas: ”affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och *som måste antas vara betingad av annat än affärsmässiga skäl* för bolaget”.<sup>137</sup> Enligt lagstiftaren gav Lagrådets formulering ”betingad av annat än affärsmässiga skäl” emellertid intrycket att frågan om en viss transaktion skulle utgöra en värdeöverföring väsentligen skulle avgöras med hänsyn till subjektiva faktorer. Lagstiftaren valde därför att, med hänvisning till att frågan i första hand bör avgöras, som Aktiebolagskommittén föreslagit, utifrån objektiva iakttagbara kriterier, att avvisa Lagrådets remissförslag.<sup>138</sup> Detta uttalande kan tolkas som att lagstiftaren tar avstånd från en i vart fall enbart subjektiv bedömning en transaktions affärsmässighet. Uttrycket att frågan om en transaktion utgör en värdeöverföring *i första hand* bör avgöras utifrån objektiva iakttagbara kriterier innebär, enligt Lehrberg att subjektiva inslag i bedömningen inte helt fränkänns betydelse.<sup>139</sup>

Lehrberg är av åsikten att om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget” inte till viss mån tolkas subjektivt, saknar det meningsfullt innehåll.<sup>140</sup> Det ska noteras att Lehrberg dock inte förespråkar användandet av enbart subjektiva faktorer för att bedöma om en värdeöverföring skett. Subjektiva faktorer, menar han, bör snarare användas i ett senare led i bedömningen.<sup>141</sup> Lehrbergs kritik riktas mot hur rekvisitet om affärsmässig karaktär för bolaget behandlats av lagstiftaren i förarbetet till ABL. Han menar att lagstiftaren blandar ihop frågan om transaktionens affärsmässighet och huruvida en förmögenhetsminskning är för handen och att en uppdelning därför måste göras för att klargöra rekvisitet affärsmässighet. Lagstiftaren redovisar i skälen för sitt förslag två olika principer för bedömningen om en värdeöverföring föreligger. Den objektiva och den subjektiva. Dessa ska enligt lagstiftaren vara två möjliga lösningar på

---

<sup>137</sup> Prop. 2004/05:85 s. 1416.

<sup>138</sup> Ibid., s. 372.

<sup>139</sup> Lehrberg, SvJT 2012 s. 557.

<sup>140</sup> Ibid., s. 560.

<sup>141</sup> Ibid., s. 553.

samma problem.<sup>142</sup> Den ena lösningen, där bedömningen görs utifrån objektiva faktorer, innebär att en värdeöverföring föreligger om värdet av bolagets prestation överstiger värdet av motpartens prestation. En sådan, enligt Lehrberg, objektiv princip lämnar emellertid endast svar på frågan om en överföring av värden föreligger, och lämnar frågan om överföringens affärsmässiga karaktär därhän. Den andra lösningen, där bedömningen görs utifrån subjektiva faktorer, innebär att avgörande vikt fästs vid bolagets ställföreträdarens avsikt med transaktionen. Denna subjektiva lösningsprincip ger, enligt Lehrberg, endast svaret på frågan om transaktionens affärsmässiga karaktär, och kan inte användas för att bedöma om någon överföring av värden har ägt rum.<sup>143</sup> Det är alltså i Lehrbergs mening felaktigt att avgränsa bedömningen till att enbart omfatta det objektiva tillvägagångssättet eftersom de bägge tillvägagångssätten ger svar på olika frågor. Det objektiva respektive subjektiva synsättet ger ensamt inte svar på frågan om en värdeöverföring föreligger. Det krävs att man först objektivt fastställer att en transaktion lett till en värdeminskning för bolaget och att man därefter genom en subjektiv bedömning undersöker om transaktionen var av affärsmässig karaktär för bolaget. Lehrberg framhåller att utan användandet av ett subjektivt rekvisit skulle dåliga affärer där det föreligger en värdediskrepans mellan parternas prestationer generellt vara att betrakta som ”inte av rent affärsmässig karaktär för bolaget”, oavsett god eller ond tro.<sup>144</sup> Avslutningsvis anför Lehrberg att oaktsamhet från bolagets sida inte ska räcka för att en transaktion ska bedömas sakna affärsmässig karaktär. En sådan regel skulle leda till återkrav i fall då det framgår i efterhand att bolaget bort inse att transaktionen utgjorde en dålig affär. Däremot lämnar Lehrberg inget direkt svar på vad som skulle krävas, exempelvis uppsåt eller grov oaktsamhet, från bolagets sida för att föranleda slutsatsen att en transaktion saknar rent affärsmässig karaktär för bolaget.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> Prop. 2004/05:85 s. 371.

<sup>143</sup> Lehrberg, SvJT 2012 s. 551 f.

<sup>144</sup> Ibid., s. 552.

<sup>145</sup> Ibid., s. 570 f.

Även Lindskog förespråkar användandet av ett subjektivt rekvisit. Enligt honom borde gränsdragningen mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring gå att göra genom att en transaktion som inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget kräver att värdefrånhandandet varit *medvetet* eller *avsiktligt* från bolagets sida.<sup>146</sup> Lindskog använder sig i sin bok av uttrycket ”kapitalanvändning” i stället för ”värdeöverföring” och uttrycker att varje disposition som reducerar bolagsförmögenheten och som inte är affärsmässigt betingad, i den mening att förmögenhetsreduktionen skedde medvetet, utgör en så kallad kapitalanvändning.<sup>147</sup> En olovlig kapitalanvändning definieras således som ”en disposition varigenom bolaget avsiktligt frånhänts ett värde överstigande utdelningsbart belopp enligt [dåvarande] ABL 12:2”.<sup>148</sup> Vid tillämpning av bestämmelserna om värdeöverföringar i nuvarande ABL skulle således dessa endast kunna träffa sådana värdeöverföringar som innebär att bolaget avsiktligt frånhänts ett värde som överstiger det utdelningsbara beloppet enligt 17 kap. 3 § ABL. Lindskog förespråkar alltså ett uppsåtsrekvisit för bedömningen om en transaktions affärsmässighet. Vad gäller culpösa värdefrånhandanden, det vill säga oavsiktligt dåliga affärer till följd av oaktsamhet, anser Lindskog att dessa inte omfattas av värdeöverföringsbegreppet.<sup>149</sup> Härvidlag är Lehrberg överens med Lindskog. Vem som ska omfattas av detta uppsåt är inte helt klart men Lindskog menar troligtvis att vetskapen om transaktionens värdediskrepans ska ligga hos bolagets ställföreträdare.<sup>150</sup> Lindskogs förespråkade åsikt om existensen av ett uppsåtsrekvisit verkar emellertid grunda sig på ett rättsdogmatiskt sett något tunt stöd. Utförligheten i de anförda resonemangen kan kritiseras och Lindskog grundar sin ståndpunkt i stort sett enbart på doktrin hänförlig till den äldre aktiebolagslagen från 1944 samt ett uttalande ur utredningsarbetet till ÄABL.<sup>151</sup> I uttalandet ger lagstiftaren ett exempel på att värdeöverföringsreglerna ska omfatta transaktioner som innebär att ”en mer

---

<sup>146</sup> Lindskog, SvJT 1992 s. 85 fotnot 6 och s. 87 fotnot 11, se även Lindskog, 1995, s. 41.

<sup>147</sup> Lindskog, 1995, s.42.

<sup>148</sup> Lindskog, SvJT 1992 s. 85 fotnot 6.

<sup>149</sup> Lindskog, 1995, s. 42 och JT 1992/93 nr. 1, s. 84 fotnot 14.

<sup>150</sup> Lindskog, 1995, s. 41 fotnot 23 och s. 42 f. även Lindskog, SvJT 1992 s. 81.

<sup>151</sup> Se Lindskog, 1995, s. 41 fotnot 23. För kritik se Nerep, 1994, s. 68 f.

eller mindre benefik överföring till aktieägare maskeras som en vanlig affärstransaktion, t.ex. så att bolaget köper egendom av en aktieägare till ett pris som avsiktligt satts över vad som skulle vara normalt”.<sup>152</sup> Detta uttalande kan visserligen tolkas som att bedömningen ska innebära att en subjektiv bedömning ska göras, emellertid förklaras inte innebörden av ordvalet ”avsiktligt” närmare, trots att detta skulle innebära ett krav på uppsåt från bolagets sida. I den efterföljande propositionen behandlas heller inte frågan om utbetalningsförbudet skulle inbegripa något subjektivt rekvisit av typen som nämnts ovan.<sup>153</sup> Av detta kan uttolkas att lagstiftarens avsikt troligtvis inte varit att något avsiktsrekvisit skulle tillämpas. I stället torde det vara en objektiv bedömning som förespråkas, att det är transaktionens benefika inslag, det vill säga värdediskrepansen, som enligt uttalandet i SOU 1971:15 ska anses avgörande vid bedömningen om en förtäckt värdeöverföring föreligger.

Likaså Nerep ansluter sig till ovan behandlade ståndpunkt om ett uppsåtskrav för bolagets ställföreträdare för bedömningen om en förtäckt värdeöverföring föreligger. Nerep menar, och citerar härvidlag Lindskog, att värdediskrepansen och värdefrånhändandet i någon mening måste vara medveten eller avsiktlig för att värdeöverföringsbestämmelserna ska bli tillämpliga.<sup>154</sup> Nerep förklarar det som att varje värdediskrepans, oavsett dess storlek, kan betecknas som en vederlagsfri utbetalning<sup>155</sup> om det kan visas att den inte var affärsmässigt betingad och att detta varit bolagets avsikt.<sup>156</sup> Nerep företräder med andra ord ett uppsåtskrav och påpekar att det inte räcker att bolagets företrädare insett eller bort inse att den aktuella transaktionen var helt eller delvis vederlagsfri.<sup>157</sup> Det huvudsakliga argumentet för förhandenvaron av ett subjektivt rekvisit är enligt Nerep att avsiktsmomentet är ”inbyggt” i själva begreppet ”affärsmässigt betingat”, det vill säga att sakens natur kräver att man tar subjektiva förhållanden i

---

<sup>152</sup> SOU 1971:15 s. 310.

<sup>153</sup> Prop. 1975:103 s. 475 f.

<sup>154</sup> Nerep, 2018, s. 551.

<sup>155</sup> Läs förtäckt värdeöverföring.

<sup>156</sup> Nerep, 1994, s. 69.

<sup>157</sup> Ibid., s. 70.



beaktning. Om avsikten skulle, som Nerep benämner det, ”objektiveras” till att gälla hur en viss transaktion ska bedömas allmänt av oberoende och informerade aktörer skulle detta utmytna i ett krav på affärsmässigt kloka transaktioner, något utrymme för till följd av oaktsamhet genomförda dåliga affärer skulle då inte ges. Nerep påpekar dock att det subjektiva kravet på avsikt mycket väl kan styrkas genom påvisandet av objektiva fastställbara omständigheter kring händelsen.<sup>158</sup>

Avslutningsvis påpekar Nerep att man vid prövningen av det subjektiva momentet måste ta hänsyn till å ena sidan bolagets avtalsfrihet och å andra sidan borgenärernas intresse av att bolagets kapital stannar kvar i bolaget. Vid avvägningen mellan dessa två intressen bör man enligt Nerep ta hänsyn till vem mottagaren av transaktionen är, vid en transaktion med en aktieägare eller någon med en framskjuten position i bolaget bör i princip varje fastställbar värdediskrepans betecknas som en förtäckt värdeöverföring. Härvidlag hävdar Nerep att en förtäckt värdeöverföring eventuellt bör presumeras föreligga om det existerar en värdediskrepans i en transaktion med ovan nämnda medkontrahenter, och att det ankommer på bolaget eller medkontrahenten att visa transaktionens affärsmässighet.<sup>159</sup> För det fall att mottagaren är tredje man, det vill säga inte aktieägare eller någon aktieägare närstående person, måste bolagets säkerhetsmarginal vara större, vikten ska i det sammanhanget läggas på bolagets och dess motparts avtalsfrihet. Presumtionen är, enligt Nerep, stark för att en transaktion med en annan person än en aktieägare eller deras närstående anses vara rent affärsmässig och ska således inte utgöra en värdeöverföring.<sup>160</sup> Det sist anförda kommer att behandlas mer ingående i kapitel 5, nedan.

Nereps resonemang förefaller vid första anblick vara sunda. En presumtion för att en förtäckt värdeöverföring ska anses vara för handen om bolaget genomför en transaktion med en aktieägare i vilken det föreligger en värdediskrepans kan anses ligga i linje med vad lagstiftaren anför i

---

<sup>158</sup> Nerep, 1994, s. 70.

<sup>159</sup> Ibid., s. 74 f.

<sup>160</sup> Ibid., s. 72 ff. och Nerep, 2018, s. 551.

förarbetet till nuvarande ABL, avseende att en transaktion innefattande en värdediskrepans mellan en aktieägare i fåmansbolag och bolaget bör betraktas som en förtäckt värdeöverföring.<sup>161</sup> Om det rör sig om en aktieägare med en mindre ägarandel och utan inflytande i ett större bolag borde man, i min mening dock snarare i praktiken bedöma aktieägaren som en utomstående.

Likaså de anförda resonemangen avseende ett uppsåtskrav för bolagets ställföreträdare verkar vid en ytlig genomläsning förefalla vara en bra lösning på frågan huruvida ett subjektivt rekvisit behövs för tolkningen av en transaktions affärsmässighet. Vid en närmare analys uppdagas emellertid en icke oväsentlig brist. Argumentet, att motivera valet av ett subjektivt rekvisit med hänvisning till att avsiktsmomentet i sig självt på något vis skulle vara inbyggt i begreppet ”affärsmässigt betingat” och att en subjektiv tolkning därför skulle ligga i ”sakens natur” är i min mening inte alltför övertygande. En sådan lösning måste underkastas en noggrann ändamålstolkning där argument för och emot den förespråkade lösningen vägs mot varandra. Detta gör Nerep emellertid inte, varken i sin bok från 1994 eller i uppsatsen som publicerats i Festskriften tillägnad Stefan Lindskog.

En röst i doktrinen som, till skillnad från de som presenterats ovan, inte förespråkar nyttjandet av subjektiva faktorer vid bedömningen av en transaktions affärsmässighet är Andersson. I stället menar han att bedömningen bör ske med beaktande av objektiva faktorer.<sup>162</sup>

För att genomföra bedömningen ställer Andersson upp en modell bestående av två kumulativa steg. I det första steget görs en strikt objektiv prövning av huruvida värdet av mottagarens prestation understiger värdet av bolagets prestation. Prövningen av parternas prestationer ska vara generös, och parterna ska åtnjuta ett förhandlingsutrymme likt det som annars gäller vid

---

<sup>161</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.

<sup>162</sup> Andersson, 2010, s. 88.

bedömningen av marknadspriset på varor och tjänster. För det fall att mottagaren är en aktieägare utan betydande inflytande och kontroll i bolaget eller någon helt utomstående menar Andersson att bedömningens första led förutsätter att värdediskrepansen är uppenbar eller väsentlig, analogt med 4 kap. 6 § 2 st. KonkL.<sup>163</sup> Bevisbördan för att påvisa existensen av värdediskrepansen ligger enligt Andersson hos bolaget eller dess konkursbo.<sup>164</sup> Om det efter bedömningen i första steget fastslås att en värdediskrepans föreligger fortsätter man vidare till steg två. I detta steg undersöks vilket eller vilka syften transaktionen fyllde, det vill säga om transaktionen haft ett ”kommersiellt syfte”. Denna formulering ”transaktionens syfte”, framstår som att en subjektiv bedömning ska genomföras, likt den som förespråkas av Lehrberg.<sup>165</sup> Så är dock inte den av Andersson förespråkade lösningen. Detta kommersiella syfte prövas genom en objektiv helhetsbedömning i vilken hänsyn tas till faktorer som bland annat motivet bakom transaktionen, dess rättsliga karaktär samt huruvida transaktionen har något rimligt samband med bolagets normala verksamhet.<sup>166</sup> Om detta andra steg i bedömningen resulterar i ett konstaterande att transaktionen saknar ett kommersiellt syfte menar Andersson att en förtäckt värdeöverföring är för handen. Bevisbördan åvilar här den gentemot vilken återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL görs gällande.<sup>167</sup>

Andersson menar att det finns två ändamålsskäl som starkt talar för att det inte bör uppställas några subjektiva rekvisit i bedömningen av en transaktions affärsmässighet. Dessa är aktieägarskyddet och borgenärsskyddet.<sup>168</sup> Andersson gör här en analog hänvisning till 34 § AvtL, och påpekar att utgångspunkten vid skenrättshandlingar, som förtäckta värdeöverföringar i någon mån kan anses vara, är att parternas avsikt inte

---

<sup>163</sup> Andersson, 2010, s. 89.

<sup>164</sup> Andersson, JT 2004/05 nr. 3, s. 726.

<sup>165</sup> Se s. 51, ovan.

<sup>166</sup> Andersson, 1995, s. 418.

<sup>167</sup> Andersson, JT 2004/05 nr. 3, s. 726.

<sup>168</sup> Andersson, 2010, s. 88.

tillmäts avgörande betydelse vad gäller skyddet för tredje man.<sup>169</sup> En godtroende förvärvare kan enligt 34 § AvtL göra en fordran gällande oavsett om den endast upprättats för skens skull. Likt vad som gäller enligt 34 § AvtL bör man enligt Andersson vid bedömningen av om en transaktion utgör en förtäckt värdeöverföring, inte ta hänsyn till om handlandet var medvetet från parternas sida. Skyddet för aktieägare och borgenärer utgör två skäl som stödjer att bedömningen ska grunda sig på en jämförelse mellan prestation och motprestation, där medvetenheten hos bolagets ställföreträdare lämnas därhän.<sup>170</sup> Andersson riktar även kritik mot det av Lindskog förespråkade kravet på medvetenhet hos bolagets ställföreträdare och menar att man härvidlag bör ta den tyska och norska rättsutvecklingen i beaktande. I bägge dessa rättssystem fäster man avgörande hänsyn vid värdediskrepansen och inte vid om bolagets ställföreträdare agerat medvetet.<sup>171</sup> Inte heller ur processuell synpunkt skulle ett subjektivt rekvisit falla väl ut enligt Andersson. Han påpekar svårigheten i att en styrelse eller en konkursförvaltare efter flera år skulle kunna styrka att bolagets tidigare ställföreträdare uppsåtligen genomfört en förtäckt värdeöverföring.<sup>172</sup>

Andersson lyfter även åsikten att det finns ett ändamålsskäl som i stället kan tala för nyttjandet av ett subjektivt rekvisit, detta är omsättningskyddet. Omsättningskyddet kräver, enligt Andersson, att avtal och andra rättshandlingar som grundar sig på affärsmässigt kloka överväganden inte ska motverkas eller förhindras av värdeöverföringsreglerna i ABL. Om man enbart avgjorde frågan om transaktionens affärsmässighet utifrån strikt objektiva faktorer såsom värdediskrepansen skulle en transaktion där en värdeskillnad föreligger till bolagets nackdel men som samtidigt grundar sig enbart på affärsmässiga överväganden utgöra en förtäckt värdeöverföring. Exempel på en sådan transaktion kan vara försäljning av bolagets egendom till underpris till följd av dålig likviditet eller i övrigt svag finansiell

---

<sup>169</sup> Se Andersson, 1995, s. 415 f. och jfr härvidlag Lindskog, SvJT 1992 s. 83 ff.

<sup>170</sup> Andersson, 1995, s. 415 f.

<sup>171</sup> Andersson, 2010, s. 88 fotnot 182 – 184.

<sup>172</sup> Andersson, 1995, s. 416 f.

ställning.<sup>173</sup> Detta skydd för omsättningen kräver, enligt Andersson, att en bolagets aktieägare inte ska behöva göra en sämre affär än en utomstående avtalskontrahent enbart därför att denne är aktieägare i bolaget.<sup>174</sup> Som anförts ovan talar mycket för att en transaktion mellan bolaget och en aktieägare ska underkastas en särskilt strikt prövning, där även en mindre värdediskrepans talar för att det rör sig om en förtäckt värdeöverföring.<sup>175</sup> I detta läge är en bedömning grundad på strikt objektiva faktorer inte lämplig, men Andersson påpekar att en strikt objektiv bedömning trots allt kan ta hänsyn till omsättningsskyddet om domstolarna samtidigt har en generös inställning till hur värdet av vardera partens prestation ska bedömas.<sup>176</sup>

Enligt min mening framstår Anderssons resonemang som mer ändamålsenliga och får sägas ligga väl i linje med värdeöverföringsbestämmelsernas syften, det vill säga att skapa en balans mellan aktieägarnas och bolagsborgenärernas intressen, samtidigt som omsättningsskyddet inte påverkas. Anderssons tes verkar även vinna lagstiftarens stöd, när man i propositionen uttalar att bedömningen bör ske utifrån utåt iakttagbara omständigheter, det vill säga objektiva kriterier.<sup>177</sup> Andersson gör i sina böcker från 1995 respektive 2010 en genomgående presentation av, och ändamålsöverväganden kring, frågan huruvida subjektiva eller objektiva kriterier ska ligga till grund för bedömningen om en transaktions affärsmässighet. Något som dessvärre inte kan sägas om de författare som presenterats tidigare i detta kapitel. Genom den av Andersson förespråkade tvåstegslösningen bör oavsiktligt dåliga affärer undantas från värdeöverföringsbestämmelserna på ett, enligt mig tillfredställande sätt. Fördelen med en bedömning grundad på objektiva kriterier är att förtäckta värdeöverföringar inte kan komma att undantas prövning till följd av att det ej kan ledas i bevis att bolagets ställföreträdare avsiktligt genomfört en transaktion med syfte att gynna mottagaren på bolagets bekostnad.

---

<sup>173</sup> Andersson, 1995, s. 417 f.

<sup>174</sup> Andersson, 2010, s. 88 f.

<sup>175</sup> Jfr prop. 2004/05:85 s. 748.

<sup>176</sup> Andersson, 1995, s. 417.

<sup>177</sup> Prop. 2004/05:85 s. 371 och 748.

Avslutningsvis kan nämnas att HD:s praxis på området, oaktat att den inte är särskilt omfattande, verkar förespråka en bedömning som ligger i linje med vad lagstiftaren anför i förarbetena till ABL och vad Andersson förespråkar i sina böcker.<sup>178</sup> Frågan om affärsmässigheten har även behandlats i ett par avgöranden från hovrätterna, och även i dessa avgöranden verkar avgörande vikt läggas vid de objektivt iakttagbara faktorerna som framhålls i ABL:s förarbeten.<sup>179</sup> Enligt dessa avgöranden framstår det som att en förtäckt värdeöverföring inte förutsätter någon avsikt från bolagets sida. Rättsläget får emellertid fortfarande sägas vara oklart i den mening att rättsfrågan om vad det exakt innebär för värdeöverföringsbegreppet att en transaktion inte har rent affärsmässig karaktär inte har prövats av HD ännu.

---

<sup>178</sup> Se exempelvis NJA 1951 s. 6 I och II, NJA 1962 s. 461 och NJA 1976 s. 60. För kommentar till rättsfallen, se Andersson, 1995, s. 399 ff. och Andersson, 2010, s. 101 ff.

<sup>179</sup> Se exempelvis Svea Hovrätt 2010-12-21, mål nr T 1053-10, Svea Hovrätt 2012-03-12, mål nr T 3684-11, Svea Hovrätt 2012-09-26, mål nr T 7739-11 och Hovrätten för Västra Sverige 2013-03-15, mål nr T 4805-11.

## 5 Värdeöverföringar till utomstående

I följande kapitel ska fenomenet med förtäckta värdeöverföringar till andra än aktieägare eller till aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer diskuteras. Dessa personer benämns ofta i doktrinen som tredje man eller utomstående.

I sin uppsats i Festskrift till Stefan Lindskog diskuterar Nerep, med utgångspunkt i begreppet ”rent affärsmässig karaktär” vilka som enligt ABL kan vara adressater, det vill säga mottagare, för en förtäckt värdeöverföring, och vad skillnaden skulle vara mellan värdeöverföringar å ena sidan och dåliga affärer å andra. Slutsatsen i Nereps uppsats är att det enbart är när en aktieägare eller deras närstående vinner direkta eller indirekta fördelar av transaktionen som den utgör en förtäckt värdeöverföring. För att detta ska vara för handen krävs det enligt Nerep även att värdediskrepansen och transaktionen i någon mening är medveten eller avsiktlig från bolagets sida.<sup>180</sup> Förhållandet att en transaktion skett med en utomstående indikerar enligt Nerep, att den skett på marknadsmässiga villkor och att presumptionen enligt honom därför är stark för att en transaktion med någon annan än en aktieägare eller en aktieägars närstående är rent affärsmässig och således inte kan utgöra en värdeöverföring.<sup>181</sup> Frågan är om detta av Nerep anförda resonemang verkligen stämmer? För att reda ut detta kommer i detta kapitel en redogörelse av hur eventuella överföringar till utomstående har behandlats i tidigare aktiebolagsrättslig lagstiftning och doktrin från 1910 års ABL fram till idag.

---

<sup>180</sup> Nerep, 2018, s. 551. Jfr även Lindskog, SvJT 1992 s. 85 fotnot 6 och s. 87 fotnot 11.

<sup>181</sup> Nerep, 2018, s. 551.

## 5.1 Omfattas utomstående av begreppet förtäckt värdeöverföring?

För att beskriva vederlagsfria förfoganden över ett bolags förmögenhet till dess aktieägare eller andra har det förekommit olika begrepp i både lagtext och doktrin under åren. Bland annat har förekommit ”utdelning”, ”utbetalning” och ”kapitalanvändning”. Samtliga termer avser dock samma begrepp, vad som i nuvarande ABL och därtill hänförlig doktrin kallas värdeöverföringar, vilket lanserades i SOU 1997:168 och SOU 2001:1. Medan det i tidigare lagtext inte har framgått att värdeöverföringar till utomstående varit möjliga har det i doktrinen sedan länge hävdats, till skillnad från vad Nerep anför i sin uppsats, att principen om skyddet för bolagets bundna egna kapital skall tillämpas mot såväl aktieägare som utomstående, icke aktieägare.<sup>182</sup>

I ABL 1910 var utbetalningsförbudet uppställt i 54 §<sup>183</sup> och omfattade enligt sin ordalydelse enbart utbetalning av bolagets förmögenhet åt dess aktieägare genom vinstutdelning. Den enda möjlighet till annan utbetalning var genom 55 § i samma lag, vilken stadgade att bolagsstämman inte hade rätt att besluta om användande av bolagets förmögenhet på ett sådant sätt som stred mot bolagets verksamhet eller syfte. Dock gavs bolagsstämman möjlighet att genomföra vederlagsfria utbetalningar till allmännyttiga ändamål om summan i förhållande till bolagets ställning var av ringa betydelse.<sup>184</sup> I sin avhandling från 1929 behandlar Karlgren frågan om förtäckta värdeöverföringar till tredje man i korthet, och framhåller att en rättshandling som leder till att egendom överförs från bolagets förmögenhet till aktieägarna under sådana omständigheter att tredje man åsamkas eller riskerar att åsamkas skada genom en minskning av aktiekapitalet är olovlig enligt utbetalningsförbudet i 54 § ABL 1910. Karlgren förklarar att man bör tillämpa samma principer i händelse att bolaget företar en liknande

---

<sup>182</sup> Andersson, 1995, s. 220 f.

<sup>183</sup> Se bilaga.

<sup>184</sup> Jfr den i 17 kap. 5 § nuvarande ABL uppställda regeln om gåva till allmännyttigt ändamål.



rättshandling gentemot tredje man och ger exemplet att bolaget benefikt avhänder sig egendom tillhörande bolaget. Karlgren verkar dock hävda, likt Nerep gör i sin uppsats från 2018, att ett sådant avhändande av bolagets egendom endast kan ske om det genomförs i aktieägarnas intresse, och att för att ogiltighet ska föreligga krävs att medkontrahenterna insett eller bort inse rättshandlingens benefika inslag.<sup>185</sup>

Utbetalningsförbudet i ABL 1944 fanns i 73 § 1 mom.<sup>186</sup> och stipulerade att utdelning till aktieägarna i annan form än utbetalning av fastställd vinst. Även detta utbetalningsförbud omfattade dock mer än vad det vid första anblick gav sken av. Nial hävdade att reglerna om vinstutdelning, vars uppgift det var att skydda bolagets kapital till förmån för dess borgenärer, inte fick kringgå genom transaktioner i annan form, som en transaktion som ger sken av att vara onerös, men som i verkligheten är benefik. Detta gällde både transaktioner med aktieägare och *andra personer*. Om bolagets aktieägare samtyckte till att genomföra en utbetalning kunde disponibla vinstmedel användas för att genomföra sådana benefika transaktioner, men så snart transaktionen inkräktade på det bundna egna kapitalet, i strid med borgenärsskyddsreglerna, blev transaktionen ogiltig.<sup>187</sup> En motståndare till Nials påstående om att värdeöverföringsbestämmelserna var generellt tillämpliga mot tredje man var Danielsson, som å sin sida menade på att utbetalningsförbudet i 73 § 1 mom. enbart var tillämplig på utbetalningar gjorda till aktieägare eller för aktieägarnas räkning. En utomstående kunde endast bli föremål för en förtäckt värdeöverföring om denne agerat bulvan för aktieägarens räkning.<sup>188</sup> Det sistnämnda är måhända att anse som överflödigt i sammanhanget; om en aktieägares bulvan tagit emot värdeöverföringen får den egentliga adressaten, det vill säga aktieägaren anses vara mottagare av värdeöverföringen.

---

<sup>185</sup> Karlgren, 1929, s. 128 f. och Karlgren, SvJT 1938 s. 209.

<sup>186</sup> Se bilaga.

<sup>187</sup> Nial, 1948, s. 51 f.

<sup>188</sup> Danielsson, 1952, s. 224 ff.

Precis som i äldre lagstiftning framgick det även av utbetalningsförbudets ordalydelse i 12 kap. 1 § 1 st. ÄABL<sup>189</sup> att vinstutdelning och annan användning av bolagets förmögenhet endast avsåg utbetalning till aktieägarna. Att det endast skulle vara aktieägarna som var möjliga mottagare av en förtäckt värdeöverföring framgår även uttryckligen av förarbetena till ÄABL, där lagstiftaren framhåller två gånger på samma sida att utbetalningsförbudet enbart riktar sig till aktieägarna i just deras egenskap som aktieägare.<sup>190</sup> Det framhölls emellertid att det var möjligt att genomföra en transaktion mellan bolaget och tredje man, som stred mot bolagsverksamhetens föremål eller syfte, till exempel en gåva eller en till formen onerös men i verkligheten benefik rättshandling, men blott om samtliga aktieägare samtyckte därtill.<sup>191</sup> I ett sådant fall hade samtycket endast verkan inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets tillgångar, alltså endast om transaktionen inte tog i anspråk annat eget kapital än sådant som bolaget kunde utdela som vinst.<sup>192</sup> Om inte samtycke från samtliga aktieägare förelåg skulle en sådan utbetalning enligt förarbetena vara ogiltig enligt 8 kap. 13 och 14 §§ (sedermera 8 kap. 34 och 35 §§) ÄABL.<sup>193</sup>

Trots detta kom reglerna att i doktrinen anses omfatta även vederlagsfria utbetalningar till andra än aktieägare. I doktrinen var författarna till stora delar ense om att försiktighetsregeln och beloppsspärren i 12 kap. 2 § ÄABL<sup>194</sup> var att anse som analogt tillämplig på värdeöverföringar till utomstående.<sup>195</sup> Vad som utöver detta ansågs som analogt tillämpligt om mottagaren var en utomstående var dock omstritt. Vissa författare hävdade att även sanktionsreglerna i 12 kap. 5 § ÄABL<sup>196</sup> var analogt tillämpliga på

---

<sup>189</sup> Se bilaga.

<sup>190</sup> Prop. 1975:103 s. 475.

<sup>191</sup> Ibid., s. 475 f.

<sup>192</sup> Kedner & Roos, 1991, s. 223 f.

<sup>193</sup> Jfr nuvarande generalklausulen i 8 kap. 41 § första stycket och bestämmelserna om kompetensöverskridande i 8 kap. 42 § ABL.

<sup>194</sup> Jfr nuvarande 17 kap. 3 § ABL.

<sup>195</sup> Andersson, 2010, s. 156.

<sup>196</sup> Jfr nuvarande 17 kap. 6 & 7 §§ ABL.

olovliga värdeöverföringar till utomstående.<sup>197</sup> Andersson ansåg att 12 kap. 5 § ÄABL gällde oavsett vem mottagaren av utbetalningen var, och var att betrakta som en exklusiv reglering av rättsföljden vid alla typer av utbetalningar i strid mot ABL, oavsett om utbetalningen skett i strid mot en bestämmelse uppställd till aktieägarnas eller borgenärernas skydd. Det vill säga, sanktionsregeln i 12 kap. 5 § ÄABL skulle även tillämpas vid utbetalningar till utomstående som stod i strid med generalklausulerna, reglerna om funktionsfördelningen mellan bolagsorganen eller principen om att ett bolag inte får genomföra dispositioner som är uppenbart främmande för dess syfte.<sup>198</sup>

Andra författare hävdade att vinstutdelningsreglerna i 12 kap. ÄABL endast skulle användas då ett vederlagsfritt värdeavhändande från ett bolag gjordes i aktieägarnas direkta eller indirekta intresse. Kleineman uttryckte det som så att:

*”[...] borgenärsskyddet är begränsat i så måtto att det enbart omfattar transaktioner varigenom bolagets borgenärers intresse träds förnär genom kränkning av det bundna kapitalet samtidigt som kränkningen i vid bemärkelse innefattar ett gynnande av aktieägaren”.*<sup>199</sup>

Övriga vederlagsfria fränhändanden av bolagets egendom, som exempelvis vederlagsfria transaktioner till utomstående, skulle i stället för att underkastas sanktionsregeln i 12 kap. 5 § ÄABL bli föremål för skadeståndsreglerna i ÄABL. Detta krav på gynnande av aktieägarna skulle även leda till att det var aktieägaren som blev återbetalningsskyldig enligt 12 kap. 5 § ÄABL, trots att denne inte varit mottagare av något. Återbäringskyldigheten skulle i stället grundas på att aktieägaren faktiskt gynnats genom utbetalningen till den utomstående.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> Kedner & Roos, 1991, s. 224.

<sup>198</sup> Andersson, 1995, s. 599 ff, s. 637 och s. 639.

<sup>199</sup> Kleineman, JT 1994/95 nr. 3, s. 440.

<sup>200</sup> Ibid., s. 439.

Lindskog menade till skillnad från Kleineman att skadeståndsreglerna i ÄABL inte gav bolagets borgenärer ett lika fullgott skydd som om reglerna i 12 kap. ÄABL skulle tillämpas generellt gentemot utomstående. Om 12 kap. ÄABL inte träffade värdefrånhandanden till utomstående var frågan hur ett sådant värdefrånhandande skulle kunna angripas. För det fall att samtliga aktieägare samtyckt till transaktionen kunde skadeståndsskyldighet för bolagets ställföreträdare mot bolaget inte inträda, för att skadeståndsskyldighet mot borgenärerna skulle aktualiseras krävdes att beslutsfattarna överträtt någon bestämmelse i ÄABL, rimligtvis då kapitalskyddsregeln i 12 kap. 2 §, vilket enligt Lindskog förutsatte att 12 kap. var generellt tillämpligt gentemot utomstående. Lindskog påpekade även att eftersom 12 kap. 2 § utgjorde en borgenärsskyddsregel borde den träffa varje avsiktligt värdefrånhandande, oavsett vem mottagaren är. Från borgenärernas synpunkt spelar det ingen roll vem som är mottagare av värdet som frånhands bolaget.<sup>201</sup>

Ingen av dessa ovanstående ståndpunkter tillämpades dock av HD, som istället valde att gå en annan väg i det så kallade SÖMÅ-fallet, NJA 1997 s. 418, där man fastslog att värdeöverföringsreglerna inte var generellt tillämpliga gentemot utomstående. I korthet gällde målet två bolag, (SÖMÅ och LC) som vardera till hälften ägdes av två andra bolag. En bank beviljade en kredit på omkring 32 miljoner kronor till SÖMÅ, som omedelbart lånade ut hela beloppet till LC, trots att detta bolag vid tillfället inte var återbetalningsdugligt. LC använde beloppet till att skriva ner en skuld som LC hade i samma bank. Sedan SÖMÅ gått i konkurs väckte konkursboet talan och menade att lånet till LC, som i förhållande till SÖMÅ var att anse som utomstående, utgjort en olovlig förtäckt värdeöverföring. Enligt SÖMÅ:s konkursbo var därför LC återbäringsskyldigt och banken bristtäckningsansvarig enligt 12 kap. 5 § ÄABL. HD påpekade inledningsvis att sanktionsbestämmelserna i 12 kap. 5 § skulle läsas mot bakgrund av utbetalningsförbudet i 12 kap. 1 § och försiktighetsregeln och

---

<sup>201</sup> Lindskog, SvJT 1992 s. 83.

beloppsspärren i 12 kap. 2 § ÄABL. Dessa bestämmelser pekar till sin ordalydelse endast ut aktieägare som mottagare av värdeöverföringar. Detta ansågs dock inte hindra att dessa borgenärsskyddsbestämmelser gavs en analog tillämpning på andra än aktieägare. HD fortsätter därefter och framhåller att en analog tillämpning i första hand blir aktuell då mottagaren av utbetalningen inte är en aktieägare, men väl någon till aktieägaren närstående fysisk eller juridisk person. Vidare ansågs bestämmelserna vara analogt tillämpliga på utbetalningar till någon som i ett nära sakligt sammanhang med utbetalningen blir eller upphör att vara aktieägare i bolaget. Vem som kunde göras återbetalnings- eller bristtäckningsansvarig var i ett sådant läge enligt HD antingen aktieägaren eller den till aktieägaren närstående personen. Ansvar aktualiserades för aktieägaren om denne i själva verket ansågs vara den som var mottagare av transaktionen och om det inte var lika nära till hands att anse aktieägaren som mottagare, landade ansvaret på den närstående. HD valde därefter att inte göra 12 kap. 2 och 5 §§ ÄABL generellt tillämpliga på utomstående med hänvisning till att hänsynen till säkerheten i omsättningen och det praktiska ekonomiska livet får sätta gränser för hur långt analogierna får drivas.<sup>202</sup> Inte heller preciserade HD vem som var att anse som närstående. Möjligtvis kan viss ledning dras ur 1 kap. 8 och 9 §§ ÅRL. En invändning mot HD:s lösning i NJA 1997 s. 418 på frågan om vilka som kunde vara mottagare av värdeöverföringar var, inte helt oväntat, att borgenärsskyddet i 12 kap. 2 § ÄABL riskeras på precis samma sätt oavsett vem som är mottagare av en värdeöverföring.<sup>203</sup> Ett vederlagsfritt fränhändande av bolagets tillgångar drabbar borgenärerna likadant, oavsett om det är en aktieägare eller en utomstående som är adressat.

Denna kritik fick fäste när det runt millennieskiftet blev dags att modernisera aktiebolagslagstiftningen. I propositionen till nuvarande ABL påpekar lagstiftaren just att ÄABL:s borgenärsskyddsregler i 12 kap. 2 § endast gäller vid vinstutdelning till aktieägare. Reglerna anses dock analogt

---

<sup>202</sup> Referatet s. 448, för en kommentar se Andersson, 2010, s. 157 f.

<sup>203</sup> Jfr s. 65 ovan avseende vad Lindskog anförde.

tillämpliga vid utbetalningar till vissa andra personer, främst aktieägarna närstående fysiska eller juridiska personer, men de är inte generellt tillämpliga vid värdeöverföring till tredje man. Ur ett borgenärsskyddsperspektiv menar man att det är mer fördelaktigt att låta borgenärsskyddsreglerna vara tillämpliga vid varje värdeöverföring, även till andra än aktieägare.<sup>204</sup> Likaså kravet på förutsebarhet i rättstillämpningen talade emot att fortsättningsvis förlita sig på analoga tillämpningar.<sup>205</sup> I SOU 1997:168 motiverade Aktiebolagskommittén valet att uttryckligen omfatta värdeöverföringar till utomstående i ABL med att:

*”Utvidgningen till att omfatta även andra än aktieägare betingas av att det för bolagsborgenärerna i princip är likgiltigt till vem värdeöverföringen sker. Fordringsägarna skall kunna lita på att bolaget inte utan att iaktta lagens bestämmelser om nedsättning av aktiekapital, reservfond eller överkursfond eller likvidationsreglerna beslutar om någon form av värdeöverföring, som medför att det inte längre finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Det är den centrala innebörden av borgenärsskyddet.”<sup>206</sup>*

I nuvarande ABL är det vedertaget att som mottagare av värdeöverföringar kan inte bara vara aktieägare, utan även tredje man. Ordagrant framkommer detta i 17 kap. 3 och 7 §§ såtillvida att paragraferna innehåller definitionen att ”aktieägare eller annan” omfattas. Det nu anförda innebär att skyddet för bolagets bundna egna kapital, det vill säga beloppsspärren och försiktighetsregeln gäller oavsett om en värdeöverföring sker till en aktieägare, en aktieägars närstående eller någon helt utomstående, och oavsett om samtliga aktieägare samtycker till den.<sup>207</sup> Till den del NJA 1997 s. 418 beslutade om adressatkretsen för värdeöverföringar får numera anses tillhöra rättshistorien.

---

<sup>204</sup> Prop. 2004/05:85 s. 376.

<sup>205</sup> SOU 1997:168 s. 82.

<sup>206</sup> Ibid., s. 73.

<sup>207</sup> Andersson, 2010, s. 159, se även prop. 2004/05:85 s. 750.

Att värdeöverföringar till utomstående omfattas av borgenärsskyddsregeln i 17 kap. 3 § innebär även att rättsföljden för en sådan förtäckt värdeöverföring som inkräftar på det bundna egna kapitalet eller som genomförts utan samtliga aktieägares samtycke följer av sanktionsreglerna i 17 kap. 6 och 7 §§.<sup>208</sup> Värdeöverföringar till utomstående ska således laglighetsprövas på samma sätt som värdeöverföringar till aktieägare. För att friska upp minnet gäller för en förtäckt värdeöverföring från bolaget till aktieägarna att den endast kan genomföras lagligen om samtliga aktieägare samtycker. Om ett enhälligt aktieägarbeslut inte föreligger och en sådan värdeöverföring ändå genomförs, är det fråga om en olaglig värdeöverföring som medför ersättningsskyldighet enligt ovan citerade paragrafer. Detsamma är fallet om aktieägarna enhälligt beslutat om att genomföra en förtäckt värdeöverföring men beslutet inkräftar på borgenärsskyddet i 17 kap. 3 §.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Se avsnitt 3.3 om rättsverkan av en olovlig värdeöverföring.

<sup>209</sup> Se avsnitt 3.4 ovan.

## 6 Nereps ståndpunkter

Det har blivit dags att belysa och bemöta de ståndpunkter Nerep framför i sin uppsats.

Frågan om en transaktions affärsmässighet ska som bekant, avgöras med hänsyn till objektiva faktorer där särskild betydelse ska tillmätas värdediskrepansen mellan parternas prestationer. Utslagsgivande vid bedömningen av skillnaden mellan en förtäckt värdeöverföring och en dålig affär ska enligt förarbetena även vara om transaktionen är förenlig med bolagets normala verksamhet, även transaktionens rättsliga karaktär och motpartens relation till bolaget.<sup>210</sup> För en transaktion som genomförs mellan ett fåmansbolag och en av dess aktieägare framhålls att en relativt liten värdediskrepanns får vara att anse som en förtäckt värdeöverföring. Så här långt har Nerep inget att tillägga om lagstiftarens tankegångar i propositionen. Det nästkommande uttalandet lagstiftaren gör, ”En transaktion som samma bolag genomför med en utomstående person kan däremot innefatta större skillnader mellan parternas prestationer men ändå inte vara att anse som en värdeöverföring.” anser han dock vara kontroversiellt, och Nerep förklarar att han har svårt att föreställa sig hur en värdeöverföring mellan ett aktiebolag och en utomstående skulle gestaltas mot bakgrund av att skillnad måste göras mellan dåliga affärer och förtäckta värdeöverföringar.<sup>211</sup>

Nerep påpekar att den av Lindskog företrädde ståndpunkten om ett subjektivt rekvisit, att bolagets ställföreträdare avsiktligt frånhänder sig ett värde överstigande utdelningsbart belopp, inte fick genomslag i förarbetena till den nuvarande ABL.<sup>212</sup> Nerep hävdar här att lagstiftaren i propositionen gjort ett försök att begränsa adressatkretsen på något vis men utan hänvisning till ett subjektivt rekvisit eller motsvarande, och att frågan om

---

<sup>210</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.

<sup>211</sup> Nerep, 2018, s. 547.

<sup>212</sup> Ibid., s. 546.



adressatkretsens begränsning och förhandenvaron av ett subjektivt rekvisit aldrig blev riktigt utredd. Detta påstående kan tyckas märkligt, då lagstiftaren på flera ställen i samma proposition uttryckligen påpekar att adressatkretsen omfattar såväl aktieägare som utomstående personer och att lagstiftaren vidare uttryckligen förordar en lösning utifrån ett objektivi rekvisit.<sup>213</sup> Lagstiftaren avvisade även Lagrådets ändringsförslag med hänvisning till att det kunde ge uppfattningen att frågan skulle avgöras med hjälp av subjektiva kriterier. Frågan blev därför i min mening utredd i sådan mån att lagstiftaren verkar ha fastnat för ett objektivi kriterie för bedömningen av en transaktions affärsmässighet. På en punkt är jag dock ense med Nerep, lagstiftaren hade kunnat göra en mer noggrann utredning avseende frågan om subjektiva eller objektiva faktorer skulle användas för att bestämma en transaktions affärsmässighet. Lagstiftarens hänvisning till att man föredrar en lösning grundad på objektivi iakttagbara kriterier och att man hänskjuter tolkningen och tillämpningen av detta till rättspraxis<sup>214</sup> får anses vara otillfredsställande. Det är naturligtvis av denna anledning som debatten om subjektiv eller objektivi tolkning har blossat upp.

Adressatkretsen för förtäckta värdeöverföringar var i ÄABL, genom doktrin<sup>215</sup> och senare genom NJA 1997 s. 418, begränsad till att omfatta endast aktieägarna, aktieägarnas närstående och personer med andra ägarliknande kopplingar. I nuvarande ABL, menar Nerep att adressatkretsen endast begränsas genom kravet att affärshändelsen inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget, vilket får anses stämma. Eftersom regeln om skyddet för bolagets bundna egna kapital i 17 kap. 3 § omfattar alla värdeöverföringar blir det just detta affärsmässighetsrekvisit i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. som blir helt avgörande för bedömningen av vad som är att anse som en förtäckt värdeöverföring som aktualiserar återbäringsskyldighet för mottagaren och vad som bara är att anse som en dålig affär.

---

<sup>213</sup> Prop. 2004/05:85 s. 372 och 748.

<sup>214</sup> Ibid., s. 372.

<sup>215</sup> Se exempelvis Danielsson, 1952, s. 224 ff och Kleineman, JT 1994/95 nr. 3, s. 440.

Nerep frågar sig sedan följande: När ett aktiebolags styrelse fattar beslut om en affärshändelse, och sedan verkställer beslutet, att genomföra exempelvis en försäljning av en tillgång till väsentligt underpris, eller ett förvärv till väsentligt överpris, där mottagaren är någon helt utanför aktieägar- och närståendekretsen. På vilka grunder ska en sådan affärshändelse betecknas som en förtäckt värdeöverföring med åtföljande sanktionering enligt 17 kap. 6 och 7 §§? Och varför skulle styrelsen eller den verkställande ledningen vilja frångå bolaget värden till en utomstående utan att detta kom aktieägarna eller deras närstående till godo?

Låt oss bryta upp frågan i sina två delar och först besvara frågan om på vilka grunder en sådan affärshändelse ska betecknas som en förtäckt värdeöverföring med åtföljande sanktionering enligt 17 kap. 6 och 7 §§. Och därefter besvara frågan om varför styrelsen eller den verkställande ledningen skulle vilja frångå bolaget värden till en utomstående utan att detta kom aktieägarna eller deras närstående till godo.

Låt oss formulera ett exempel. Bolaget B har en tämligen stor skara aktieägare och är därmed inte att anse som ett fåmansbolag. Bolaget B har flera styrelseledamöter, en av dessa är styrelseledamot S. Denne äger inte några aktier i bolaget och har heller inte några andra aktieägarliknande kopplingar till Bolaget B. Kort och gott är styrelseledamot S enda samröre med Bolaget B att denne sitter i dess styrelse. Bolaget B är på jakt efter en fastighet för att expandera sin verksamhet och har ett antal möjliga fastigheter att välja bland. Styrelseledamot S har själv en fastighet som denne önskar avyttra, och lyckas genom sitt inflytande och sin pondus förmå bolaget att godkänna ett köp av styrelseledamot S fastighet till ett anmärkningsvärt överpris. För sakens skull ska tilläggas att styrelseledamot S är någorlunda hederlig och har inte själv deltagit i handläggningen av ärendet och är därför inte jävigt enligt 8 kap. 23 § ABL. Beslutet har fattats av bolaget utan styrelseledamot S aktiva hjälp. Samtliga aktieägare har inte biträtt beslutet och det inkräktar till viss del på bolagets bundna egna

kapital. En tid därefter går Bolaget B i konkurs och konkursboet vill givetvis ha pengarna åter.

Frågan är då på vilka grunder detta ska betecknas som en förtäckt värdeöverföring. Det rör sig om (1) en affärshändelse, som (2) lett till en värdeminskning för bolaget, men har transaktionen (3) saknat affärsmässig karaktär? Om vi tillämpar den av Andersson förespråkade modellen<sup>216</sup> med två kumulativa steg, ska vi börja med att försöka slå fast att det rent objektivt föreligger en diskrepans mellan värdet av parternas prestationer till nackdel för bolaget. Denna prövning ska vara generös. I det andra steget ska man fråga sig vilka syften transaktionen fyllde objektivt sett, om transaktionen var rent kommersiell eller inte. Detta kommersiella syfte prövas enligt Andersson genom en objektiv helhetsbedömning i vilken hänsyn tas till faktorer som bland annat motivet bakom transaktionen, dess rättsliga karaktär samt huruvida transaktionen har något rimligt samband med bolagets normala verksamhet. I propositionen till ABL framhåller lagstiftaren att hänsyn även ska tas till mottagarens rättsliga relation till bolaget. Saknas kommersiellt syfte helt eller delvis föreligger då en värdeöverföring. Detta följer av kravet att en transaktion för att undantas värdeöverföringsbegreppet måste ha *rent* affärsmässig karaktär för bolaget. Bevisbördan för detta andra steg åvilar den gentemot vilken återbäringsansvar görs gällande. I fallet med Bolaget B och styrelseledamot S kan vi slå fast att det rent objektivt föreligger en värdediskrepans. Därefter finns det skäl att bedöma att transaktionen helt eller åtminstone delvis saknade kommersiellt syfte för bolaget. Om bolagets normala verksamhet vet vi inget, men motiven bakom transaktionen kan ifrågasättas, Bolaget B hade säkert kunnat köpa en likvärdig fastighet till ett marknadsmässigt pris av någon annan. Även med tanke på mottagarens ställning som styrelseledamot i bolaget finns anledning att misstänka att transaktionen inte varit rent affärsmässig. Hade man valt det subjektiva synsättet på frågan om transaktionens affärsmässighet, förespråkad av Nerep och Lindskog hade man i stället fått söka svaret på frågan vad bolagets ställföreträdarens avsikt

---

<sup>216</sup> Se avsnitt 4.3.1.

med transaktionen var, om den var att gynna medkontrahenten (styrelseledamot S) eller om den ur bolagets ställföreträdarens ögon var att anse som affärsmässig. Resultatet verkar tala för en sådan objektiv bedömning som Andersson förespråkar.

När vi nu fastslagit att en förtäckt värdeöverföring, och inte endast en dålig affär, skett blir frågan om styrelseledamot S omfattas av Nereps adressatkrets. Nerep menar att en förtäckt värdeöverföring endast kan föreligga då värdefrånhandandet, i enlighet med Lindskogs teorier, är medvetet eller avsiktligt, och att detta endast kan vara fallet då aktieägarna eller deras närstående vinner fördelar av värdefrånhandandet.

Styrelseledamot S är onekligen enligt närståendebegreppets definition i 1 kap. 9 § ÅRL närstående till bolaget, något som får anses vara föga förvånande. Enligt Nereps resonemang omfattas denne dock inte av adressatkretsen aktieägare och dess närstående. Aktieägarna vinner knappast fördelar av att bolaget köper en fastighet till ett överpris, och inte heller deras närstående gynnas av detta. Det just anförda tyder på att en värdeöverföring är möjlig att genomföra till någon som inte omfattas av den av Nerep uppställda adressatkretsen.

Hur är det då med rättsföljden? Nerep framhåller i sin uppsats att i ett liknande fall, där bolagsledningen saknat omdöme och handlat oaktsamt genom att inte göra de nödvändiga utredningarna rörande värdet av sin egen respektive motpartens prestation, är aktiebolaget och dess ägare hänvisade till skadeståndsbestämmelserna i 29 kap. 1 §, generalklausulen i 8 kap. 41 § eller likhetsprincipen i 4 kap. 1 §.<sup>217</sup> Detta stämmer, om en transaktion inte omfattas av 17 kap. till följd av att den inte är en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § går den inte att angripa genom bestämmelserna om återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar i 17 kap. 6 och 7 §§. I ett sådant fall är bolaget eller dess aktieägare hänvisade till skadeståndstalan i 29 kap. eller talan om överträdelse av exempelvis generalklausulen. Bli detta även utfallet i exemplet med Bolaget B och styrelseledamot S?

---

<sup>217</sup> Nerep, 2018, s. 549.

I Nereps citerade fall verkar han återigen argumentera för ett subjektivt uppsåtsrekvisit, och menar att enbart uppsåtliga och inte culpösa värdefrånhandanden, det vill säga oaktsamt genomförda dåliga affärer, ska omfattas av värdeöverföringsbegreppet. Oavsett om man förespråkar synsättet med objektiva eller subjektiva rekvisit för bedömningen om vad som omfattas av värdeöverföringsbegreppet föreligger bekymret hur ”dåliga affärer” inte ska underkastas värdeöverföringsreglerna i 17 kap. Vid en dålig affär ges mottagaren, som framgått i avsnitt 3.3.1 ovan, ett skydd genom godtrosregeln i 17 kap. 6 §, och är således vid en ”dålig affär” undantagen återbäringsskyldighet om det kan visas att denne inte insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget. För styrelsen däremot, som genom 17 kap. 7 § riskerar bristtäckningsansvar, är det av vikt att kunna påvisa att transaktionen var företagen av kommersiella skäl, även om transaktionen avviker från normala marknadsmässiga villkor. Detta undgås enligt mig genom det av Andersson förespråkade lösningssättet baserat på objektiva kriterier. Om man som Andersson förespråkar tillämpar en objektiv bedömning, och om domstolarna härvidlag har en generös inställning till hur värdet av vardera partens prestation ska bedömas torde dåliga affärer inte riskera bedömas som förtäckta värdeöverföringar, och därigenom riskeras inte omsättningsskyddet.

För att utbetalningsbegreppet ska avgränsas så att ”dåliga affärer” och sådana rättshandlingar som utåt sett framstår som förtäckta värdeöverföringar, men som i själva verket är affärsmässigt motiverade, (exempelvis transaktioner till underpris som genomförts för att inleda eller förbättra en kundkontakt eller genom en snabb avyttring av bolagets egendom för att avhjälpa en likviditetskris i bolaget) inte omfattas måste man ta hänsyn till vilket eller vilka syften rättshandlingen fyllde. Detta ska då enligt mig göras på grundval av en objektiv helhetsbedömning. Där kan man då påvisa att bolaget exempelvis led av likviditetsbrist och att den företagna transaktionen därför var påkallad för att snabbt avhjälpa denna. En dålig affär kan på så vis undantas reglerna i 17 kap. ABL. Vidare

framkommer det i propositionen att senare inträffade ändringar i prestationernas värde inte bör medföra att en vid besluts- eller avtalstillfället klanderfri transaktion anses omfattad av värdeöverföringsbegreppet i 17 kap. 1 §.<sup>218</sup>

I fallet med Bolaget B och styrelseledamot S, blir rättsföljden emellertid inte, vilket Nerep framhållit ovan, att aktiebolaget och dess ägare enbart skulle vara hänvisade till en talan om skadestånd i 29 kap. 1 §, överträdelse av generalklausulen i 8 kap. 41 § eller likhetsprincipen i 4 kap. 1 §. Av vad som anförts i avsnitt 3.3. bör rättsläget vara sådant att rättsföljden för värdeöverföringar exklusivt följer av 17 kap. 6 och 7 §§. Detta påstående lutar sig mot rättsläget som följde av ÄABL, rättsfallen NJA 1997 s. 418 och NJA 1999 s. 426, Nereps egna åsikter som framfördes i dennes bok från 1994 och vad som även framgår av Aktiebolagskommitténs förslag till nuvarande ABL. Nog är det möjligt att föra talan om skadeståndsskyldighet mot bolagets styrelseledamöter enligt 29 kap. men den naturliga rättsföljden följer av 17 kap. 6 och 7 §§ och blir återbäringsskyldighet för styrelseledamot S, som inte kan anses ha varit i god tro beträffande att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget. För resten av bolagsledningen aktualiseras bristtäckningsansvar om styrelseledamot S inte har ekonomi nog att betala, eftersom de får anses ha genomfört transaktionen med antingen uppsåt eller oaktsamhet.

Så till frågan Nerep ställer sig om varför styrelsen eller den verkställande ledningen skulle vilja frånhända bolaget värden till en utomstående utan att detta kom aktieägarna eller deras närstående direkt eller indirekt till godo? Nerep verkar här ansluta sig till samma synsätt som Karlgren anförde gällande förtäckta värdeöverföringar enligt ABL 1910 och vad Kleineman ansåg gälla enligt ÄABL.<sup>219</sup> En förtäckt värdeöverföring kräver ett gynnande av aktieägarna. Frågan är vad detta gynnande av aktieägarna innebär, om det är ett rent ekonomiskt gynnande, det vill säga att

---

<sup>218</sup> Prop. 2004/05:85 s. 748.

<sup>219</sup> Se avsnitt 5.1 ovan.

aktieägaren eller dennes närstående måste vara den faktiska mottagaren av den förtäckta värdeöverföringen, eller om det kan röra sig om ett ”psykologiskt gynnande”, det vill säga att aktieägarna gynnas på så vis att bolaget genomför en förtäckt värdeöverföring vars ändamål på något vis är behjärtansvärt. Här kan man göra en jämförelse med en gåva till allmännyttigt ändamål enligt 17 kap. 5 §, som ju är att anse som ett vederlagfritt värdefrånhandande av bolagets egendom. Vem som gynnas av denna gåva är naturligtvis den direkta mottagaren, men kommer även bolaget och dess aktieägare till godo genom att bolagets goodwill ökar. Innefattar Nereps ståndpunkt ett sådant känslomässigt gynnande? Av vad Kleineman anför i sin artikel i JT och Nereps ordval ”direkt eller indirekt vinner fördelar av värdefrånhandande” framgår att det kan röra sig om bägge delar.

En förtäckt värdeöverföring genomförs enligt Andersson typiskt sett av bolagets styrelse eller andra i bolagsledningen.<sup>220</sup> Vad deras avsikt med värdeöverföringen är varierar givetvis från fall till fall. Att det tvunget innefattar en vilja att gynna just en aktieägare får däremot anses vara ogrundat. Den verkställande direktören i ett bolag med en god ekonomi skulle kunna tänka att en försäljning av en av bolagets bilar till en av styrelseledamöternas grannes svärfar till ett underpris inte kan skada bolaget i någon större utsträckning. Likaså skulle styrelsen på ett liknande sätt kunna gå med på att en god vän till en styrelseledamot utan marknadsmässig betalning ges nyttjanderätt till en tillgång som ägs av bolaget, exempelvis en lägenhet. I dessa fall innehåller värdeöverföringen ett medvetet gynnande i den mening Lindskog och Nerep förespråkar, men mottagaren är inte aktieägare eller närstående.<sup>221</sup>

Om vi återgår till det anförda exemplet med Bolaget B och styrelseledamot S innefattar en sådan transaktion knappast ett gynnande av bolagets aktieägare. Bolaget B var dock i behov av att införskaffa en ny fastighet och

---

<sup>220</sup> Andersson, 2010, s. 86.

<sup>221</sup> För ett par andra exempel, se Lehrberg, SvJT 2012 s. 569 f.

i och med att bolaget gjorde det kan man måhända hävda att detta indirekt gynnade aktieägarna genom möjligheten att expandera verksamheten. Å andra sidan köpte man fastigheten till ett överpris och den som direkt gynnades av detta var varken aktieägare eller aktieägares närstående.

Enligt nuvarande ABL spelar det i min mening emellertid inte någon roll varför styrelsen eller den verkställande ledningen skulle vilja frånhända bolaget värden utan att det kommer aktieägarna till gagn. Detta verkar även vara den förhärskande synpunkten i förarbetena till ABL.

Kapitalskyddsreglerna är uppställda i borgenärernas intresse, och ur borgenärernas synvinkel är den oväsentligt vem som är mottagare av en värdeöverföring och vilken bolagets företrädares vilja och avsikt är med den. Som framförts i kapitel 2 innebär avsaknaden av personligt betalningsansvar för aktieägarna att den primära säkerheten för bolagets borgenärer utgörs av bolagets bundna egna kapital. Detta kapital utgör en buffert vars syfte är att bolaget alltid ska ha en viss tillgångsmassa som kan tas i anspråk för borgenärernas fordringar. Ett för aktieägare och borgenärer effektivt kapitalskydd måste omfatta alla former av värdeöverföringar från bolaget till aktieägare eller annan. Fordringsägarna skall kunna lita på att bolaget inte beslutar om någon form av värdeöverföring, som medför att det inte längre finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Det är den centrala innebörden av borgenärsskyddet. Genom begränsningar i fråga om vilka värdeöverföringar från bolaget som ska tillåtas, skapas ett skydd för borgenärerna vilket i sin tur skapar möjlighet för mindre bolag att till förmånligare villkor kunna ta upp lån från potentiella borgenärer. Så hade inte varit fallet utan ett välfungerande borgenärsskydd. Motiven talar därför för att upprätthålla skyddet för det bundna egna kapitalet oavsett om mottagaren är aktieägare eller utomstående, och oavsett vad bolagets ställföreträdares syfte eller avsikt med värdeöverföringen var.

Nerep ställer i slutet av sin uppsats en summering, där han enligt mig gör det lite enkelt för sig själv genom att säga att:



*”Sammantaget finns det skäl att rikta kritik mot förarbetsuttalandet, att även affärshändelser med helt ”utomstående” som motpart kan kvalificeras som värdeöverföringar, när värdediskrepansen är tillräckligt betydande. Ett sådant uttalande är ägnat att skapa rättsosäkerhet. [...] Det kan under inga förhållanden vara tillräckligt att värdediskrepansen är betydande för att affärshändelsen med en ”utomstående” skall kvalificeras som en värdeöverföring”.*

Det är ju inte heller detta lagstiftaren menar ska vara kvalificerande. Av förarbetena, lagkommentarer och doktrin framgår det att värdediskrepansen ska tillmätas en stor betydelse, men även andra kriterier, beroende på om man förespråkar objektiva eller subjektiva sådana, ska tillmätas betydelse. Lagstiftaren framhåller uttryckligen i propositionen att det utöver värdediskrepansen är av stor betydelse också om transaktionen är förenlig med den verksamhet som bolaget normalt bedriver, transaktionens rättsliga form och mottagarens relation till bolaget. Härvidlag gör Nerep i min mening en halmdocka.

Det sista Nerep anför i sin uppsats är att presumptionen bör vara stark för att en transaktion med annan än aktieägare eller deras närstående, det vill säga en ”utomstående”, är rent affärsmässig och således inte en värdeöverföring, oavsett att värdediskrepansen varit betydande. Av de anförda exemplen med styrelseledamoten S, bilförsäljningen till styrelseledamotens grannes svärfar eller det vederlagsfria nyttjandet av bolagets tillgångar kan man fråga sig om så verkligen är fallet. Åtminstone är de inte till fullo affärsmässiga.

Nereps uppsats är genomgående mycket välformulerad och övertygande, men lämnar mycket att önska vad gäller källförteckning. När Nerep exempelvis hävdar att en naturlig utgångspunkt vad gäller gränsdragningen mellan värdeöverföringar och dåliga affärer är att värdeöverföringar får antas adresseras till en bestämd krets av personer backas detta påstående inte upp, varken av någon utläggning kring varför så skulle vara fallet eller

referenser till andra författares åsikter kring frågan. Rättsläget i ÄABL efter NJA 1997 s. 418 var sådant att enbart aktieägare och dess närstående var att anse som möjliga mottagare av förtäckta värdeöverföringar. I och med nuvarande ABL har lagstiftaren ändrat detta genom att uttryckligen utöka adressatkretsen till att omfatta även tredje man.

Avslutningsvis ska påpekas att Nerep hävdar att det av rättspraxis framgår att inget mål som rört påstådda värdeöverföringar har gällt värdeöverföringar till utomstående, och att frågan om en värdeöverföring kan ske till utomstående fortsatt är oprövad i praxis. Härvidlag har han mig veterligen helt rätt, jag har själv inte lyckats hitta ett enda rättsfall där den direkta mottagaren av värdeöverföringen är en utomstående och frågan om en lovlighet av en sådan värdeöverföring prövas. En annan sak är att talan om återbäringsansvar eller bristtäckningsansvar för utomstående har gjorts gällande i ett par rättsfall. Rättsläget är i min mening inte direkt oklart, eftersom jag ställer mig till ett motsatt tankesätt än Nerep, och hävdar att det inte föreligger något bekymmer för en utomstående att vara mottagare av en förtäckt värdeöverföring. Trots detta hade rättsläget mått bra av att HD prövade lovligheten av en förtäckt värdeöverföring vars mottagare var någon helt utan ägarkopplingar till bolaget.

## 7 Analys och slutsatser

Syftet med denna uppsats var att, mot bakgrund av vad Nerep framhåller i sin uppsats, ta reda på om personer som står utanför kretsen av aktieägare och inte heller är närstående till bolagets aktieägare kan vara mottagare av en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. och därmed bli föremål för sanktionsregeln om återbäringsansvar i 17 kap. 6 §.

För att tillgodose detta syfte uppställdes fyra frågeställningar som skulle besvaras under uppsatsens gång. Utöver dessa frågeställningar skulle även argumenten Nerep framfört i sin uppsats redogöras för och bemötas. Detta har gjorts ovan under kapitel 6. Frågeställningarna som denna uppsats skulle besvara var följande.

- Med beaktande av det i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. uppställda kravet på affärsmässighet, går det att bestämma var gränsen går mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring?
- På vilket sätt, om något, är en förtäckt värdeöverförings adressatkrets begränsad?
- Finns det över huvud taget rättshandlingar som kan kategoriseras som en förtäckt värdeöverföring och som riktar sig mot en för bolaget helt utomstående person?
- Kan en transaktion med en utomstående anses utgöra en förtäckt värdeöverföring och aktualisera ett påföljande återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL?

Låt oss då gå igenom och besvara frågeställningarna, en i taget, i den ordning de framförts.

**– Med beaktande av det i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. uppställda kravet på affärsmässighet, går det att bestämma var gränsen går mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring?**

Att söka svaret på denna fråga är av stort intresse, inte bara inom ramen för nuvarande uppsats, utan även ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. I ett bolag som lider av likviditetsbrist kan det vara av yttersta vikt att snabbt få bolaget på rätt köl igen. Vid ett sådant tillfälle är det angeläget att de av bolagsledningen fattade besluten inte riskerar att bedömas som en förtäckt värdeöverföring i fall att dessa i själva verket varit affärsmässigt motiverade.

Nereps åsikt beträffande denna frågeställning verkar vara att gränsdragningen mellan vad som får anses utgöra en förtäckt värdeöverföring och en dålig affär görs genom att värdefrånhandandet, det vill säga ”gynnandet”, av mottagaren vid en förtäckt värdeöverföring ska ha varit avsiktligt eller medvetet från bolagets sida.

Som anförts under kapitel 4 finns det i doktrinen stora meningsskiljaktigheter kring vad som ryms inom rekvisitet ”icke affärsmässig karaktär för bolaget” och hur detta rekvisit ska tolkas. Enligt lagens förarbeten ska en transaktions affärsmässighet prövas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, och då främst utifrån objektiva iakttagbara kriterier, där värdediskrepansen mellan parternas prestationer, transaktionens förenlighet med bolagets normala verksamhet och motpartens relation till bolaget ska vägas in. Lagstiftarens val av lösning har dock, som visats i kapitel 4, inte fått stå oemotsagd. För egen del anser jag att mycket talar för att den åsikt som Andersson framför bör vara den som ska gälla vid bedömningen av en transaktions affärsmässighet. Att prövningen av affärsmässigheten ska utgå ifrån en bedömning av objektiva kriterier har uttryckligt stöd i förarbetena och framgår dessutom tydligt när lagstiftaren avvisade Lagrådets remissförslag med hänvisning till att remissförslaget kunde ge uppfattningen att frågan skulle avgöras med

hänsyn till subjektiva faktorer. Av avgöranden från hovrätterna kan skönjas att det även är så domstolarna valt att tillämpa lagen, prejudikatvärdet är emellertid, såklart, tämligen begränsat. Med detta dock inte sagt att bedömningen baserad på subjektiva kriterier inte kan ha sina fördelar.

Kapitalskyddsreglerna är uppställda i borgenärernas intresse, och borgenärsskyddet får betraktas som ett ändamålsskäl som också talar för en bedömning baserad på objektiva kriterier. Ett subjektivt kriterie, det vill säga att uppställa ett krav på uppsåt från bolagets sida att gynna mottagaren, torde ur processuell synpunkt verka hindrande på borgenärsskyddet. Som anförts i avsnitt 4.3.1 ovan kan det uppstå svårigheter i fall där en konkursförvaltare långt efter att en transaktion genomförts ska försöka styrka uppsåt hos bolagets tidigare ställföreträdare för att kunna göra ett återbäringsansvar gällande.

En tillämpning av objektiva iakttagbara kriterier skulle även kunna bidra med en förutsebarhet i vad som skulle omfattas av värdeöverföringsbegreppet och inte. Något som skulle verka främjande för bolagets ledning som därigenom kan ges en ökad trygghet i vetskapen att en dålig affär inte kan komma att bedömas som en förtäckt värdeöverföring om de objektiva rekvisiten går att påvisa. Emellertid har lagstiftaren på denna punkt inte nått hela vägen fram till mål. Förutsebarheten är synnerligen begränsad till följd av att lagtexten och förarbetena får sägas vara något otydliga.

Av vad som nu anförts får det enligt min mening vara så, att en bedömning grundad på objektiva iakttagbara kriterier framstår som mer ändamålsenliga än en bedömning grundad på subjektiva kriterier. Trots att en bedömning innehållande subjektiva kriterier förespråkas av många författare i doktrinen framstår de eventuella bevisvärigheter som en bedömning grundad på sådana kriterier kan leda till som oönskade mot bakgrund av bestämmelsens syften. Den förespråkade lösningen får anses vara bättre överensstämmande med värdeöverföringsbestämmelsernas syften att skapa en balans mellan

aktieägarnas och borgenärernas intressen, samtidigt som omsättningsskyddet inte påverkas negativt om domstolarna väljer att ha en generös inställning till transaktionens värdediskrepans. Min slutsats, och svaret på frågeställningen, blir att gränsdragningen ska ske med hjälp av objektiva iakttagbara kriterier enligt den tvåstegsmodell som förespråkats av Andersson. Exakt var gränsen går mellan en dålig affär och en förtäckt värdeöverföring, och hur den i förarbetena uppställda bedömningsmodellen baserad på objektiva iakttagbara kriterier ska tillämpas och vilken betydelse som ska tillmätas exempelvis värdediskrepansen går dock inte att säga med säkerhet. I slutändan kommer det därför bli upp till domstolarna och då framförallt HD, att pröva vad rekvisitet ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” innebär, vilken tolkningsmodell som ska användas och närmare bestämma hur avgränsningen mellan en dålig, men ändå affärsmässig, affär och en förtäckt värdeöverföring ska göras.

**– På vilket sätt, om något, är en förtäckt värdeöverförings adressatkrets begränsad?**

Nerep menar i sin uppsats, i likhet med vad som påpekas i NJA 1997 s. 418 att en förtäckt värdeöverföring endast kan vara för handen om det är aktieägare eller deras närstående som gynnas. Detta påstående får dock enligt mig anses vara oförenligt med gällande rätt. Av vad som anförts i framförallt kapitel 5 har visats att det sedan 2005, i och med införandet av den nuvarande ABL, inte längre finns någon begränsning av vem som kan vara mottagare av en förtäckt värdeöverföring. Den av HD i NJA 1997 s. 418 fastställda adressatkretsen får därmed anses inte vara gällande längre. I stället har lagstiftaren genom den nuvarande ABL tagit ett steg bort ifrån den äldre aktiebolagsrättsliga lagstiftningen som enbart omfattade utbetalningar till aktieägarna. Begränsningen av vem som omfattas av värdeöverföringsbestämmelserna har i stället gjorts genom de i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. uppställda kraven på annan affärshändelse, förmögenhetsminskning och affärsmässighet för bolaget. Fokus har således lagts på karaktären av

själva transaktionen i det enskilda fallet, och inte på vem som varit mottagare av den.

Avsaknaden av en mottagarkrets begränsad till att omfatta vissa specifika personer måste anses vara motiverad med att det med hänsyn till kapitalskyddet och borgenärernas intressen är oväsentligt vem som är mottagare av värdeöverföringen. En förtäckt värdeöverföring, oavsett mottagarens relation till bolaget bör med beaktande av dessa skyddsintressen omfattas av värdeöverföringsbestämmelserna i 17 kap. och underkastas sanktionsreglerna i 17 kap. 6 och 7 §§.

Även aktieägarna i bolaget kan enligt mig anses ha ett intresse av värdeöverföringsregler utan begränsning till en preciserad krets mottagare. Oavsett om mottagaren av värdeöverföringen är en utomstående eller en annan aktieägare ligger det i bolagets aktieägares intresse att deras investerade pengar inte används till att genomföra en transaktion innehållandes en värdediskrepans till någon, om detta inte är påkallat av affärsmässiga skäl. Även för aktieägarna är det således fördelaktigt att bolagets kapital stannar i bolaget för att i stället kunna användas till en möjlig framtida utbetalning i form av vinstutdelning enligt 18 kap. ABL.

Genom en teleologisk tolkning talar lagstiftningens ändamålsskäl i min mening för att kretsen av möjliga mottagare av en förtäckt värdeöverföring inte är begränsad till att enbart omfatta bolagets aktieägare eller dess närstående på ett sådant sätt som Nerep framhåller i sin uppsats.

**Finns det över huvud taget rättshandlingar som kan kategoriseras som en förtäckt värdeöverföring och som riktar sig mot en för bolaget helt utomstående person?**

Som framgått ovan av resonemangen och de uppställda exemplen ovan i kapitel 6 är svaret på denna frågeställning i min mening att det finns sådana transaktioner som riktar sig till utomstående som är att betrakta som

förtäckta värdeöverföringar. Det rör sig dock inte om någon eller några specifika situationer där särskilda omständigheter krävs för att en vederlagsfri transaktion från bolaget ska omfattas av bestämmelserna om förtäckt värdeöverföring. Kriterierna för när en förtäckt värdeöverföring till en utomstående anses föreligga ska inte skilja sig åt från fallet då en förtäckt värdeöverföring till en aktieägare föreligger. Bedömningarna ska vara lika.

Eventuellt skulle man kunna generalisera och säga att det troligtvis framförallt rör sig om sådana transaktioner där styrelsen eller den verkställande ledningen handlat på ett mindre hederligt vis och därmed, för att använda Nereps term, avsiktligt gynnat en utomstående. Enbart till följd av existensen av ett uppsåtligt handlande bör detta inte enligt mig tala för en tolkning baserad på subjektiva kriterier enligt frågeställningen ovan, den objektiva varianten är fortsatt att föredra. Trots att det, som Nerep påpekar, kan vara så att det framstår som sällsynt att helt vederlagsfria värdeöverföringar genomförs till förmån för utomstående torde det dock i min mening inte vara helt ovanligt att det förekommer exempelvis underprisförsäljningar eller förvärv till överpris som inte är av rent affärsmässig karaktär för bolaget.

Svaret på frågeställningen blir, med beaktande av vad som anförts i kapitel 6 och mot bakgrund av värdeöverföringsbestämmelsernas syfte, att det enligt gällande rätt går att finna rättshandlingar som riktar sig till någon som inte är aktieägare eller till aktieägaren närstående och som uppfyller kravet på avsaknad av affärsmässig karaktär för bolaget.

**Kan en transaktion med en utomstående anses utgöra en förtäckt värdeöverföring och aktualisera ett påföljande återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL?**

Så slutligen själva knäckfrågan, kan en förtäckt värdeöverföring över huvud taget genomföras till en aktieägare med påföljande återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 §? Av resonemangen i Nereps uppsats, följer att en sådan



rättshandling inte skulle vara möjlig. Delar av denna fråga har redan besvarats genom svaren på de föregående frågeställningarna.

Som påpekats under besvarandet av den andra frågeställningen så saknas det en bestämd krets av personer som kan vara möjliga mottagare av en förtäckt värdeöverföring. Vem som skulle kunna omfattas av värdeöverföringsbestämmelserna utgår istället från den ifrågasatta transaktionens karaktär. Av detta följer att även för bolaget helt utomstående personer kan bli föremål för reglerna i 17 kap. om transaktionen uppfyller de i 17 kap. 1 § 1 st. 4 p. uppställda rekvisiten. Av svaret på den tredje frågeställningen påvisas att det kan förekomma sådana situationer där en transaktion som helt riktar sig till en utomstående är att karaktärisera som en förtäckt värdeöverföring.

Av lagtexten i 17 kap. 3 § framgår det av ordalydelsen att en värdeöverföring till aktieägare eller *annan* inte får äga rum om det inte finns täckning för bolagets bundna egna kapital. Detta stadgande förefaller märkligt om lagstiftarens tanke med detta var att förtäckta värdeöverföringar till utomstående *inte* skulle vara praktiskt genomförbara. Så är emellertid inte fallet, lagstiftaren har i förarbetena till ABL gång på annan påpekat vikten av att öka tillämpligheten av värdeöverföringsbestämmelserna till att även omfatta tredje man.

Att vi nu fastslagit att även utomstående, enligt gällande rätt, kan vara mottagare av förtäckta värdeöverföringar kommer frågan om vilken rättsföljd som aktualiseras. Av vad som presenterats i avsnitt 3.3.1.1 såväl som kapitel 5 och 6 förhåller det sig i min mening så att rättsföljden för en olovlig förtäckt värdeöverföring exklusivt ska följa av sanktionsreglerna i 17 kap. 6 och 7 §§. Det är således enbart genom dessa lagrum som ett bolag, vid exempelvis en konkurs, får kräva mottagaren av en förtäckt värdeöverföring på återbäring, oavsett vilken koppling mottagaren hade till bolaget vid tiden för transaktionen.

Avslutningsvis ska framhållas att det är av vikt att rättsordningen motverkar att aktiebolag töms på ekonomiska värden genom förtäckta värdeöverföringar, oavsett vem mottagaren är. Som framförts spelar det ingen roll för bolagsborgenärerna om mottagaren av den förtäckta värdeöverföringen är en aktieägare, en aktieägares närstående eller någon helt utomstående. Bolagsborgenärernas intresse är enbart att bolagets kapital ska bestå och att de får betalt för sina fordringar. Detta intresse är väl värt att ta tillvara. Utan villiga bolagsborgenärer, som exempelvis banker, riskerar näringslivet att sluta fungera på ett önskvärt sätt. Det är de små aktiebolagen, med en omsättning under en miljon kronor och med färre än 20 anställda som utgör merparten av bolagen i det svenska näringslivet.<sup>222</sup> Det är särskilt sådana mindre bolag med ett koncentrerat ägande som, med tanke på principen om samtliga aktieägares samtycke, enkelt skulle kunna åsidosätta exempelvis 17 kap. 1 § 1 st. 4 p och genomföra förtäckta värdeöverföringar till skada för bolagets borgenärer. Bolagsborgenärerna har i sådana fall ett särskilt stort intresse av att kapitalet stannar i bolaget och inte lättvindigt försvinner därur. Vid en eventuell konkurs är det också av vikt att konkursförvaltaren, till förmån för bolagets borgenärer, ges möjlighet att kunna rätta till oegentligheter som bolagets ledning genomfört. Att då inte kunna angripa en transaktion på grund av att mottagaren är en för bolaget utomstående person är inte önskvärt. Därför anser jag att det finns fog för att anse att värdeöverföringsbegreppet även ska vara applicerbart på utomstående i samma utsträckning som på aktieägare och dess närstående.

---

<sup>222</sup> SCB, Aktuell statistik från Företagsregistret.

# Bilaga

## **Lag (1910:88) om aktiebolag**

### **54 §**

*Ej må till aktieägarna annorledes än i följd af aktiekapitalets nedsättning, efter ty i 49 eller 50 § sägs, utbetalas annat än den vinst, som förefinnes enligt fastställd balansräkning för sista året, i den mån vinsten ej skall afsättas till reservfonden. Varder vinstutdelning beslutad och verkställd i strid med hvad sålunda stadgats eller med bestämmelse i bolagsordningen, vare de, som uppburit sådan utdelning, skyldige att återbära densamma; och ansvara därjämte de, som deltagit i beslutet, en för alla och alla för en, för den brist, som vid återbäringen kan uppkomma.*

## **Lag (1944:705) om aktiebolag**

### **73 § 1 mom.**

*Ej må till aktieägarna annorledes än i följd av aktiekapitalets nedsättning efter ty i 65 eller 67 § sägs utbetalas annat än den vinst, som förefinnes enligt fastställd balansräkning för sista räkneskapsåret, i den mån vinsten icke skall avsättas till reservfonden eller skuldregleringsfond. Angående förbud mot vinstutdelning och inskränkning i rätten att utdela vinst är för vissa fall stadgat i 68 § och 72 § 1 mom.*

## **Aktiebolagslag (1975:1385)**

### **12 kap. 1 § 1 st.**

*Utbetalning till aktieägarna av bolagets medel får ske endast enligt bestämmelserna i denna lag om vinstutdelning, förvärv av egna aktier, utbetalning vid nedsättning av aktiekapitalet, reservfonden eller överkursfonden och utskiftning vid bolagets likvidation.*

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

Ds 2018:15. Direktivet om ett ökat aktieägarengagemang. Förslag till genomförande i svensk rätt.

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

Prop. 2004/05:85. Ny aktiebolagslag.

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

SOU 1971:15. Förslag till aktiebolagslag m.m.

SOU 1997:168. Vinstutdelning i aktiebolag.

SOU 2001:1. Ny aktiebolagslag.

## Litteratur

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag: en lärobok*, 6 [omarbetad och utökad] uppl., Litteraturcompagniet, Uppsala, 2010.  
[cit. Andersson, 2010]

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

Andersson, Sten, Johansson, Svante & Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen: en kommentar. Del 2, kap. 11-22, med supplement 12, april 2017*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

[cit. Andersson, Johansson & Skog, 2017]

Danielsson, Erik, *Aktiekapitalet: Studier över aktiekapitalets kapitalkonstruktion enligt svensk rätt*, Gleerup, Lund, 1952.

[cit. Danielsson, 1952]

Johansson, Svante, *Svensk associationsrätt i huvuddrag, 12, omarbetade uppl.*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.

[cit. Johansson, 2018]

Karlgren, Hjalmar, *Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet*, Erlanders Boktryckeri Aktiebolag, Göteborg, 1929.

[cit. Karlgren, 1929]

Kedner, Gösta & Roos, Carl Martin, *Aktiebolagslagen jämte Bokföringslagens bestämmelser om årsbokslut med kommentar. D. 2, Kap 11-19*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1991.

[cit. Kedner & Roos, 1991]

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

[cit. Kleineman, 2013]

Lehrberg, Bert, *Aktiebolagsrätt*, 1 uppl., Iusté, Uppsala, 2016.

[cit. Lehrberg, 2016]

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 4 [omarbetad] uppl., Iustus Förlag, Stockholm, 2001.

[cit. Lehrberg, 2001]

Lindskog, Stefan (red.), *Aktiebolagslagen. 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation*, 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1995.  
[cit. Lindskog, 1995]

Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättsliga studier: särskilt om kapitalskyddet*, Juristförlaget, Stockholm, 1994.  
[cit. Nerep, 1994]

Nerep, Erik, *Värdeöverföring – till vem? Något om skillnaden mellan värdeöverföringar och dåliga affärer i aktiebolagslagen 17 kap. 1 §, första stycket, p. 4*, i Edlund, Lars, Herre, Johnny, Johansson, Svante O., Kleineman, Jan, & Lennander, Gertrud (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*, Jure Förlag, Stockholm 2018.  
[cit. Nerep, 2018]

Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslagen: en lagkommentar. Del 1. Kapitel 1-10*, 2 uppl., Thomson Reuters Professional, Stockholm, 2009.  
[cit. Nerep & Samuelsson, Del 1, 2009]

Nerep, Erik & Samuelsson, Per, *Aktiebolagslagen: en lagkommentar. Del 2. Kapitel 11-22*, 2 uppl., Thomson Reuters Professional, Stockholm, 2009.  
[cit. Nerep & Samuelsson, Del 2, 2009]

Nial, Håkan, *Om aktiebolag: enligt lagen den 14 september 1944: översiktlig framställning för praktiskt bruk jämte formulär och lagtext*, 2 uppl., P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1948.  
[cit. Nial, 1948]

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*, 2. uppl., AWE/Geber, Stockholm, 1980.  
[cit. Peczenik, 1980]

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 6 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

[cit. Sandström, 2017]

## **Artiklar**

Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen - Med en exkurs om rättsvetenskapen i Sverige*, SvJT 2002 s. 243.

[cit. Agell SvJT 2002]

Andersson, Jan, *ABL och värdeöverföringar – en replik*, SvJT 2014 s. 72.

[cit. Andersson, SvJT 2014]

Andersson, Jan, *ABL och Lagrådet*, JT nr. 3 2004/05 s. 723.

[cit. Andersson, JT 2004/05 nr. 3]

Danielsson, Erik, *Förtäckt vinstutdelning och eliminering av vinst i aktiebolag*, SvJT 1954 s. 571.

[cit. Danielsson, SvJT 1954]

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1.

[Jareborg, SvJT 2004]

Karlgren, Hjalmar, *Några aktierättsliga anteckningar i anledning av ett par rättsfall*, SvJT 1938 s. 187.

[cit. Karlgren, SvJT 1938]

Kleineman, Jan, *Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation*, JT nr. 3 1994/95 s. 430.

[cit. Kleineman, JT 1994/95 nr. 3]

Lehrberg, Bert, *Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”*, SvJT 2012 s. 537.

[cit. Lehrberg, SvJT 2012]

Lindskog, Stefan, *Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar*, JT nr. 1 1992/93 s. 82.

[cit. Lindskog, JT 1992/93 nr. 1]

Lindskog, Stefan, *Om aktiebolags anspråk på grund av olovlig kapitalanvändning; särskilt om s.k. bristtäckningsansvar*, SvJT 1992 s. 81.

[cit. Lindskog, SvJT 1992]

Nerep, Erik, *Aktiebolagslagens »nya« försiktighetsregel – bestående rättsosäkerhet*, NTS 2009:4 s. 46.

[cit. Nerep, NTS 2009:4]

Nerep, Erik, *Om borgenärsskyddet i aktiebolag*, SvJT 1994 s. 549.

[cit. Nerep, SvJT 1994]

Sacklén, Mats, *Om skyddet för aktiebolagets borgenärer*, SvJT 1994 s. 136.

[cit. Sacklén, SvJT 1994]

Thorell, Per, *Redovisningen som grund för vinstutdelning*, JT nr. 2 2005/06 s. 366.

[cit. Thorell, JT 2005/06 nr. 2]

## **Elektroniska källor**

Företagsregistret, Statistiska centralbyrån, *Aktuell statistik från Företagsregistret*, <https://www.scb.se/vara-tjanster/foretagsregistret/aktuell-statistik-fran-foretagsregistret/>, Hämtat 2019-01-04.

[cit. SCB, Aktuell statistik från Företagsregistret]



# Rättsfallsförteckning

## **Högsta domstolen**

NJA 1951 s. 6 I och II.

NJA 1962 s. 461.

NJA 1976 s. 60.

NJA 1995 s. 742.

NJA 1997 s. 418.

NJA 1999 s. 426.

## **Hovrätterna**

Svea Hovrätt 2010-12-21, mål nr T 1053-10.

Svea Hovrätt 2012-03-12, mål nr T 3684-11.

Svea Hovrätt 2012-09-26, mål nr T 7739-11.

Hovrätten för Västra Sverige 2013-03-15, mål nr T 4805-11.