

När föreligger en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap 1§ 1st. 4p. ABL?

Felix Walter Persson

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

VT 23



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förord	9
Förkortningar	11
1. Inledning	13
1.1 Bakgrund	13
1.2 Syfte och frågeställning.....	15
1.3 Avgränsningar	15
1.4 Metod och material.....	15
1.5 Disposition.....	17
2 Värdeöverföringar – en introduktion	19
2.1 Inledning.....	19
2.2 Begreppet värdeöverföring	19
2.3 Den historiska utvecklingen	19
2.4 Två typer av värdeöverföringar	21
2.4.1 Öppen värdeöverföring.....	21
2.4.2 Förtäckt värdeöverföring	22
3 När föreligger förtäckta värdeöverföringar?	24
3.1 Några inledande ord	24
3.2 Annan affärshändelse	25
3.3 Förmögenhetsminskning	26
3.4 Saknar affärsmässig karaktär för bolaget	30
3.4.1 Några utgångspunkter.....	30
3.4.2 Enligt förarbeten.....	31
3.4.3 Enligt praxis	33

3.4.4	Enligt doktrin.....	36
3.4.5	Närmare om de objektiva kriterierna.....	39
3.4.6	Närmare om de subjektiva kriterierna	44
3.4.7	Några sammanfattande kommentarer och min uppfattning	44
3.5	Rekvisitens tillämpning på några typfall.....	49
3.5.1	Försäljning av bolagets tillgångar till underpris.....	49
3.5.2	Tredjemanspant och borgen	52
3.5.3	Arvode och lön till aktieägare eller annan.....	54
3.5.4	Några kommentarer gällande typfallen	56
4.	Sammanfattning och slutsatser	57
	Käll- och litteraturförteckning.....	60
	Rättsfallsförteckning	63

Summary

The upcoming bachelor's thesis deals with the corporate law concept of value transfers found in Chapter 17, Section 1. The concept is divided into two parts in the legislative provision: open value transfers and hidden value transfers. This thesis will primarily describe and analyze hidden value transfers. This will be done through the following question: When does a concealed transfer of value occur according to Chapter 17, Section 1, Subsection 1, Point 4p of the Swedish Companies Act?

Determining whether a transaction should be regarded as a hidden value transfer or a customary legal act requires various considerations in addition to fulfilling the requirements in Chapter 17, Section 1. These considerations can be made based on both objective and subjective criteria. The thesis concludes that the legislator advocates for the objective approach, basing the assessment on objective criteria. However, the legislator also leaves room for considering other circumstances. These circumstances are not defined in the preparatory works but have been left for legal practice to develop. In practice, other circumstances have included subjective criteria. The doctrine also widely supports considering the purpose that the company had with the specific transaction. The thesis concludes that existing assessment models have certain shortcomings but emphasizes that the objective criteria should be central to the assessment and may be supplemented with subjective criteria if necessary.

Sammanfattning

Kommande kandidatuppsats handlar om det aktiebolagsrättsliga begreppet värdeöverföring som återfinns i 17 kap. 1 §. I lagrummet delas begreppet två delar; öppna värdeöverföringar och förtäckta värdeöverföringar. Denna uppsats kommer i huvudsak att beskriva och analysera förtäckta värdeöverföringar. Detta kommer uppsatsen att göra genom följande frågeställning: När föreligger en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap 1 § 1 st. 4p.?

Att avgöra om en transaktion är att betrakta som en förtäckt värdeöverföring eller en sedvanlig rättshandling krävs, utöver att rekvisiten i 17 kap. 1 § ska vara uppfyllda, en rad olika överväganden. Övervägande som kan göras utifrån både en objektiv och subjektiva kriterier. Uppsatsen har kommit fram till att lagstiftaren förespråkar att basera bedömningen på objektiva kriterier. Trots detta lämnar lagstiftaren en ventil att även utgår ifrån andra omständigheter. Dessa omständigheter definieras inte i förarbetena, men har lämnats för praxis att utveckla. I praxis har andra omständigheter inkluderat de subjektiva kriterierna. Även i doktrin finns det brett stöd för att dessutom ta hänsyn till det syfte som bolaget haft med den aktuella transaktionen. Uppsatsen kommer fram till att enbart utgå ifrån objektiva kriterier leder till vissa tillkortakommanden, men att de objektiva kriterierna ska stå i centrum för bedömningen och kan eventuellt kompletteras med de subjektiva.

Förord

Med denna uppsats avslutar jag mina lärorika studier i Handelsrätt på Lunds universitet. Ett särskilt tack vill jag rikta till Krister Morberg, för givande diskussioner, värdefulla synpunkter och trevliga samtal. Stort tack Krister! Utöver Krister vill jag rikta ett stort tack till min familj som stöttat mig under mina studier.

Felix Walter Persson

Förkortningar

SFS	Svensk författningssamling
ABL	Aktiebolagslagen (SFS 2005:551)
HD	Högsta domstolen
EU	Europeiska unionen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Kap.	Kapitel
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
VD	Verkställande direktör

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Associationsformen aktiebolag är idag den mest populära bolagsformen och utgör 37 procent av de verksamma företagen i Sverige.¹ Anledning till denna popularitet kan härledas till de fyra delar som gör ett aktiebolag unikt.² Den första av dessa fyra är att man i egenskap av ägare inte svarar för bolagets förpliktelser. En annan anledning är möjligheten att samäga företag via andelar, så kallade aktier. Aktierna är även fria att sälja och köpa på marknaden. Slutligen ser många fördelen i att aktiebolaget är en juridisk person med rättskapacitet som möjliggöra för bolaget att ingå avtal, åta sig skulder, äga fast och lös egendom och även bli stämnda i domstol.³ Ett aktiebolag ska ha ett tydligt definierat verksamhetssyfte som ska framgå av den aktuella bolagsordningen. Det vanligaste syftet för ett aktiebolag är ge vinst till sina aktieägare i enlighet med 3 kap. 3 § Aktiebolagslagen (ABL SFS, 2005:551).⁴ Vinstsyftet betyder i praktiken att bolagsrepresentanter ska vidta sådana åtgärder som genererar störst vinst till aktieägarna.⁵ Trots att associationsformen aktiebolag medför många fördelar finns det risker att associationsformen missbrukas genom att bolaget utnyttjas för att berika aktieägarna eller andra på ett otillbörligt sätt, vilket i sin tur försämrar bolagets kreditvärdighet och risken för bolagets borgenärer ökar.⁶

Lagstiftaren står inför en mycket svår balansgång när de ska stifta en lag som både ger ett adekvat stöd för borgenärer samtidigt som lagstiftningen inte gör det svårare än nödvändigt att bedriva verksamhet i aktiebolagsform. Lagen måste således ge ett fullgott skydd för bolagets tillgångar samtidigt som verksamheter inte överbelastas med regler som medför att den svenska aktiebolagsformen minskar i användbarhet

¹ Bergström, Samuelsson, (2021) s.37.

² Bergström, Samuelsson, (2021) s.37

³ Bergström, Samuelsson, (2021) s.37.

⁴ Bergström, Samuelsson (2021) s.45–46, Prop. 1895:6, 117.

⁵ Stattin, (2021) s. 245–247.

⁶ Bergström, Samuelsson (2021) s.22–23

och därmed tappar i konkurrenskraft i förhållande till utländska alternativ.⁷ En uppenbar risk med aktiebolag som associationsform är i situationer när värde överförs från bolaget till aktieägare eller annan utan någon motprestation.⁸ Vidare kan värdeöverföringar från aktiebolag till aktieägare eller annan innebära betydande förluster för både minoritetsägare och borgenärer. Aktieägare drabbas av att tillgångsmassan i företaget minskar vilket även påverkar värdet på deras aktier negativt. Borgenärens risk grundar sig i att aktiebolaget till följd av värdeöverföringar till aktieägare eller annan riskerar att inte längre kunna betala sina borgenärer.⁹ I syfte att skydda dessa intressenter har lagstiftaren infört begränsningar gällande vilka typer av helt eller delvis vederlagsfria transaktioner som är tillåtna. Aktiebolagslagen använder begreppet värdeöverföring för helt eller delvis vederlagsfria transaktioner från bolaget till aktieägare eller annan. En värdeöverföring kan vara antingen öppen eller förtäckt.¹⁰

En förtäckt värdeöverföring, i vissa fall även kallad en förtäckt utdelning, är i grund och botten ett avtal eller en affärshändelse där bolagets tillgångsmassa minskar som en konsekvens av den aktuella händelsen.¹¹ En sådan händelse ska i sin form framstå som en affärshändelse som har affärsmässig karaktär men vars huvudsakliga syfte är att förflytta tillgångar från bolaget till aktieägare eller annan utan motprestation.¹² En vanlig utbetalning av likvida medel är inte det enda sättet för aktieägare att vederlagsfritt förfoga över bolagets tillgångar. Bolaget i fråga kan överlåta tillgångar till aktieägare för underpris, alternativt hyra ut tillgångar till aktieägare för underpris. Det är denna typ av affärshändelser som till synes kan ha affärsmässig karaktär, men i själva verket utgör en förtäckt värdeöverföring.¹³ På grund av affärshändelsen till synes affärsmässiga karaktär uppstår det uppenbara utmaningar med att avgöra vad som är en förtäckt värdeöverföring.¹⁴

⁷ Prop. 2004/05:85 s. 203.

⁸ Prop. 2004/05:85 s. 369

⁹ Prop. 2004/05:85 s. 370.

¹⁰ Jag återkommer till detta i kapitel 2.4.

¹¹ Andersson (2020) s. 101–102.

¹² Andersson (2020) s. 101–102.

¹³ Andersson (1995), s. 388.

¹⁴ Andersson (2020) s. 101.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att beskriva och analysera begreppet värdeöverföring i 17 kap. 1§ ABL, med särskilt fokus på förtäckta värdeöverföringar i 4p. För att uppfylla syftet ämnar uppsatsen besvara följande frågeställning:

- När föreligger en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1st. 4p ABL?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen avgränsas till att enbart se på begreppet förtäckt värdeöverföring ur en aktiebolagsrättslig kontext. I de fall då en transaktion anses vara en förtäckt värdeöverföring prövas denna mot skyddsreglerna som finns för både borgenärer och aktieägare i 17 kap. Dessa skyddsregler samt eventuella påföljder kommer ej att behandlas i denna uppsats.

1.4 Metod och material

Inom juridiken finns ett par centrala metoder för vetenskapligt skrivande; rättsanalytisk metod, rättspolitisk metod och rättsdogmatisk metod.¹⁵ Den rättsanalytiska metoden används för att analysera rätten, rättspolitisk metod innebär att författaren diskuterar alternativ till gällande rätt, rättsdogmatisk metod innebär att författaren försöker fastställa gällande rätt.¹⁶ För att uppfylla uppsatsens syfte samt besvara tillhörande frågeställning kommer denna uppsats att använda sig av en rättsdogmatisk metod. Denna metod innebär att man genom lagtext, förarbeten, praxis och doktrin utreder vad som är gällande rätt, utöver de traditionella rättskällorna kan även handelsbruk och sedvänja användas. Vidare innebär metoden att rättskällorna används för att besvara uppsatsens frågeställning.¹⁷ Även om det inte finns något direktiv på området som direkt behandlar värdeöverföringar och affärsmässighet så kan EU-rätten påverka den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden påverkas även av EU-rättslig metod. Hette påpekar att den EU-rättsliga metoden har stor relevans i svensk rätt överlag eftersom svensk rätt inte får strida mot EU-rätten.¹⁸ Detta samtidigt som lagtolkningen nationellt alltid

¹⁵ Sandgren (2015) s. 55.

¹⁶ Sandgren (2015) s. 55.

¹⁷ Kleinman, (2018), s. 21.

¹⁸ Hettne (2011) s. 189.

ska ske i ljuset av gällande direktiv på området.¹⁹ Även om EU- rättslig metod inte används direkt i denna uppsats och därmed inte större påverkan i uppsatsen så påverkar EU-rätten i viss mån alltid den rättsdogmatiska metoden.²⁰

För att besvara uppsatsens frågeställning kommer 17 kap. 1 § ABL att användas. Eftersom uppsatsen ämnar undersöka begreppet värdeöverföringar med särskilt fokus på förtäckta värdeöverföringar kommer doktrin, förarbeten och praxis att användas i högre utsträckning än lagtexten. Detta motiveras genom att lagtexten inte ger någon beskrivning av det aktuella begreppet värdeöverföring. Praxis kommer att användas för att belysa hur Högsta domstolen (HD) såväl som underrätter resonerar i frågan om förtäckta värdeöverföringar. Vidare kommer doktrin att användas, detta i huvudsak genom böcker och artiklar från rättsvetare i syfte att få en förståelse för begreppets innebörd såväl som vilka kriterier som rättsvetarna fäster vikt vid i samband med bedömningen om en aktuell värdeöverföring ska anses föreligga eller ej. Därefter fortsätter uppsatsen med att undersöka när det föreligger en förtäckt värdeöverföring. För att besvara denna frågeställning kommer materialet att centreras kring förarbeten, praxis och doktrin, vilka är de rättskällor som faller inom den traditionellt rättsdogmatiska metoden.

Lagtexten kommer att användas med stöd av tillhörande offentligt tryck i syfte att försöka tolka denna. Förarbetena som används i uppsatsen är huvudsakligen de som ligger till grund för 2005 års ABL, nämligen Prop. 2004/05:85, SOU 1997:168 och SOU 2001:1. Därutöver kommer även förarbeten till tidigare aktiebolagslagar att komplettera ovan nämnda förarbeten i syfte att få en mer nyanserad överblick över aktiebolagslagen.

Utöver ovanstående kommer praxis att beaktas i denna uppsats. Även praxis kommer i denna uppsats att användas. Praxis på området centreras i huvudsak till tre rättsfall, varav ett av dessa är ett förhållandevis nytt fall från HD och de resterande två är hovrättsfall. Bakgrunden till detta urval är att nya prejudikat som prövar begreppet förtäckt värdeöverföring är förhållandevis sällsynt sedan införandet av 2005 års ABL. Slutligen ska poängteras att hovrättsfallen använts som

¹⁹ Bernitz (2002) s. 94, Hette (2011) s. 189, 192.

²⁰ Hettne (2011) s. 189–192.

komplement till HD domen. Detta förklaras genom att några generella slutsatser är svåra att dra ur hovrättsdomarna på grund av deras begränsade prejudikatvärde.

Materialet för att beskriva bedömningsmodellerna och ståndpunkterna inom doktrin centreras i huvudsak till tre författare, Erik Nerep, Jan Andersson, och Bert Lehrberg. Erik Nerep har författat ”Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet” (1994). Jan Andersson har författat ”Om vinstutdelning från aktiebolag” (1995) och ”Kapitalskyddet i aktiebolag” (2020). Därutöver har Andersson författat ”ABL och värdeöverföringar – en replik”, som riktar kritik till Lehrbergs artiklar i SvJT om värdeöverföringar. Litteratur från Lehrberg kommer också att användas i form av ”Aktiebolagsrätt” (2016). Litteratur som är äldre än nuvarande aktiebolagslag kommer också att användas för att ge en grundläggande förståelse för begreppets ursprung.

1.5 Disposition

Kapitel två inleds med en introduktion till begreppet värdeöverföring, för att sedan ge en kort historisk tillbakablick om hur begreppet utvecklats i den svenska rättshistorien. Vidare i kapitel 2 presenteras öppna och förtäckta värdeöverföringar.

I kapitel tre avhandlas förtäckt värdeöverföring med särskilt fokus på de tre rekvisiten; annan affärshändelse, förmögenhetsminskning och affärsmässig karaktär. Vidare går uppsatsförfattaren igenom de olika rättskällorna för att undersöka hur bedömningen ska göras enligt dessa. Efter att dessa rekvisit är förklarade kommer uppsatsen att fokuseras på att applicera dessa på tre typfall av förtäckta värdeöverföringar.

Uppsatsen avslutas med ett fjärde kapitel där uppsatsen sammanfattas och där även uppsatsens frågeställning kommer att besvaras.

2 Värdeöverföringar – en introduktion

2.1 Inledning

I kommande avsnitt kommer begreppet värdeöverföring att presenteras för att sedan presentera en kort historisk tillbakablick. Därefter kommer två olika typerna av värdeöverföring att presenteras.

2.2 Begreppet värdeöverföring

Värdeöverföringsbegreppet i en aktiebolagsrättslig kontext definieras i 17 kap. 1 § ABL och delas upp i fyra delar. Lagen definierar begreppet som (1) ”vinstutdelning”, (2) ”förvärv av egna aktier”, (3) ”minskning av aktiekapitalet, den bundna överkursfonden eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna” och (4) ”någon annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”. Begreppet ges i förarbeten till ABL en mycket vidsträckt innebörd och inkluderar alla typer av transaktioner som medför att företagets förmögenhet minskar.²¹ Transaktionen kan vara mellan bolaget och en aktieägare men begreppet täcker även transaktioner mellan bolaget och en annan juridisk eller fysisk person.²² Begreppet värdeöverföringar delas upp i två olika kategorier; öppen och förtäckt värdeöverföring. De tre första punkterna enligt ovan beskrivs som öppna värdeöverföringar medan de fjärde punkten är definieras som en förtäckt värdeöverföring.²³

2.3 Den historiska utvecklingen

Att skydda minoritetsägare och borgenärer är två huvudsakliga skyddsintressen som genomsyrar stora delar av den aktiebolagsrättsliga regleringen. Till en början var associationsformen förhållandevis oreglerad. Så var även fallet tills Kreuger

²¹ Fagerberg, Lagerstedt, Löfgren, Svensson, Österman, Persson, (2012) s. 71–72.

²² Prop. 2004/05:85 s. 369–371.

²³ Andersson (2020), s. 101–102.

kraschen inträffade år 1931. Därefter infördes bland annat strängare bestämmelser kring hur bolaget fick disponera sitt eget kapital.²⁴ I propositionen som föranledde 1944 års aktiebolagslag gick lagstiftaren så långt att begränsa möjligheten för vissa bolag att ge ut vinst till sina ägare. Detta var bolag som de ansåg hade för hög skuldsättningsgrad. I propositionen till 1944 års aktiebolagslag framgår att vinstutdelning inte fick överstiga fem procent av bolagets totala förmögenhet efter det att utdelningen var utbetald.²⁵ Som en konsekvens av Kreuger kraschen var dessutom 1944 års aktiebolagslag mycket mer detaljerad än de tidigare. Skyddsreglerna fortsatte att utvecklas under de kommande årtiondena för att sedan ge upphov till en ny aktiebolagslag i mitten av 70-talet.

Begreppet värdeöverföring i svenska aktiebolagslag har en förhållandevis kort historia i den svenska lagstiftningen. Begreppet kom till i samband med den senaste aktiebolagslagen som trädde i kraft 2005. Dessförinnan i 1975 års aktiebolagslag reglerades värdeöverföringar i 12 kap. 1 § ABL. Värdeöverföringar var inget som denna lag nämnde utan i begreppet som då användes var ”utbetalning till aktieägare av bolagets medel”. Begreppet har i dåtidens litteratur kritiserats flitigt.²⁶ Konsekvensen av lagstiftarens val av att använda begreppet utbetalning hade väckt frågor om begreppet enbart tar sikte på utbetalningar av likvida medel. Ordalydelsen i lagen får, som jag påtalat tidigare, en annan innebörd i förarbeten till 1975 års aktiebolagslag. Där framgår att utbetalningen inte enbart tar sikte på likvida medel utan även en överföring av andra tillgångar.²⁷ Trots det faktum att 1975 års lag inte bara tog sikte på utbetalning av likvida medel ansågs dåtidens terminologi innebära problem eftersom termen inte längre var tydligt avgränsad.²⁸ Nerep definierar begreppet så pass vidsträckt att det kan omfatta alla typer av värdeöverföringar som påverkar balansräkningen. Trots det måste inte begreppets räckvidd begränsas till händelser som påverkar balansräkningen.²⁹ I NJA 1995 s.759 kom HD fram till att i fråga om en försäljning av en tillgång till bokfört värde

²⁴ Prop. 1944:5 s. 28–32.

²⁵ Prop. 1944:5 s. 192–193.

²⁶ Andersson (1995) s. 394–400, Lindskog, (1995) s.41–45.

²⁷ Prop. 1975:103 s. 475, Nerep (1994) s.58.

²⁸ Nerep, Samuelsson & Adestam (2021), 17 kap. 1§, avsnitt 2.2.

²⁹ Nerep (1994) s. 58–59,

inte är att anse som en utbetalning av bolagets medel.³⁰ Detta avgörande hade möjligtvis haft en annan utgång med dagens ABL.

I slutet av 90-talet kom SOU 1997:168 (statens offentliga utredningar) där utredning föreslog att överge dåvarande terminologi om utbetalningar och övergå till värdeöverföringar.³¹ Detta förslag återfinns även i propositionen till ABL. Denna gång med motiveringen att begreppet utbetalning lexikalt tog sikte på utbetalning av likvider. Med att byta ut utbetalning till värdeöverföring argumenterar regeringen för att begreppet får en vida tillämpning.³² Trots att terminologin förändrats i och med 2005 års lag, argumenterar Nerep, Samuelsson och Adestam att den äldre diskussionen i doktrin fortfarande har stor relevans.³³

2.4 Två typer av värdeöverföringar

2.4.1 Öppen värdeöverföring

I aktiebolagslagens 17 kap. 1 § ABL återfinns 4 punkter som i lagens mening utgör värdeöverföringar. De tre första av dessa punkter brukar benämnas som öppna värdeöverföringar.³⁴ Den första av dessa tre öppna värdeöverföringar är vinstutdelning. Formkraven för vinstutdelning behandlas vidare i 18 kap. ABL. Med begreppet vinstutdelning i kontexten som den används i 17 kap. 1 § 1p. ABL menas uteslutande sådana vinstutdelningar som regleras av 18 kap. Förfaranden som inte följer de formkrav som uppställs i 18 kap. ABL är i lagens mening sådana överföringar som gå under 17 kap. 1 § 4p. annan affärshändelse, vilket är en så kallad förtäckt värdeöverföring.³⁵ Vad som nu konstaterats har även bekräftats av HD i NJA 2015 s.359, där framgår det att om formkraven för vinstutdelning inte följs är värdeöverföring att betrakta som en förtäckt värdeöverföring. Koncernbidrag och andra bokslutsdispositioner som regleras av 18 kap. ABL utgör alltså inte vinstutdelning som avses med 17 kap. 1 § 1p. ABL.³⁶ Andersson menar å sin sida att koncernbidrag i lagens mening i viss mån bör räknas som

³⁰ NJA 1995 s.759, Nerep (2003) s. 399–401.

³¹ SOU 1997:168 s. 66–67.

³² Prop. 2004/05:85 s. 370–371.

³³ Nerep, Samuelsson & Adestam (2021), 17 kap. 1 §, avsnitt 2.1.

³⁴ Andersson (2020) s. 101.

³⁵ Se 2.3.2

³⁶ Nerep, Samuelsson & Adestam, avsnitt 2.3.2 (2021).

vinstutdelning.³⁷ En synpunkt som Andersson verkar vara förhållandevis ensam om att ha.

Den andra punkten i 17 kap. 1 § ABL som reglerar förvärv av egna aktier, med undantag för förvärv enligt 19 kap. 5 § ABL. Formkrav och regler kring förvärv av egna aktier regleras av 19 kap. ABL. Enligt 4 kap. 14 § 1 ABL årsredovisningslagen (1995:1554) får ett aktiebolags egna aktier inte tas upp som en tillgång i deras balansräkning.³⁸ Vid förvärv av egna aktier är det därmed det redovisningsmässiga resultatet av den aktuella transaktionen som får betydelse. Vilket betyder att detta går emot huvudregeln om att en värdeöverföring ska värderas i enlighet med marknadsvärdet och inte det bokförda värdet.³⁹

I tredje punkten inkluderas även ”minskning av aktiekapitalet den bundna överkursfonden eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna”. Formkraven för denna typ av värdeöverföring återfinns i 20 kap. ABL. Ändamålet av minskningen av aktiekapital får en central betydelse för bedömningen om huruvida den aktuella transaktionen är en värdeöverföring eller inte. Om medlen ska avsättas till fri fond är det först när medlen används som värdeöverföringen har skett.⁴⁰

2.4.2 Förtäckt värdeöverföring

I fjärde punkten 17 kap. 1 § ABL återfinns den kategori av värdeöverföring som benämns som en förtäckt värdeöverföring. En förtäckt värdeöverföring, eller en förtäckt vinstutdelning⁴¹, karaktäriseras genom att transaktionen vid första anblick ser ut som ett vanligt avtal eller rättshandling men vars syfte i själva verket helt eller delvis innebär att företagsmedel överförs vederlagsfritt till aktieägare eller annan.⁴² En förtäckt värdeöverföring är enligt Andersson en skenrättshandling vars syfte är att dölja den verkliga rättshandlingen, nämligen att vederlagsfritt överföra förmögenhet från bolaget till aktieägare eller annan.⁴³ Innan 2005 år ABL reglerades värdeöverföringsbegreppet i lagens 12 kapitel och avsåg då

³⁷ Andersson, (2016–17) s. 127.

³⁸ Nerep, Samuelsson & Adestam, avsnitt 2.3.3 (2021).

³⁹ Nerep, Samuelsson & Adestam, avsnitt 2.3.3 (2021).

⁴⁰ Nerep, Samuelsson & Adestam, avsnitt 2.3.4 (2021).

⁴¹ Andersson (2020) s. 101, Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁴² Andersson (2020) s. 101.

⁴³ Andersson (2020) s. 103.

utbetalningar. Begreppet utbetalningar kom att tillämpas analogt på en mycket bred typ av utbetalningar från bolaget. För att slippa problematiken förknippade med analogitolkning och för att förbättra möjligheterna till förutsägbarhet introducerades förtäckt värdeöverföring, även kallad förtäckt utdelning.⁴⁴

För att det i lagens mening ska vara fråga om en förtäckt värdeöverföring ska tre kumulativa rekvisit vara uppfyllda; ”någon annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”. Dessa tre rekvisit kommer att avhandlas i kapitel 3.

⁴⁴ Andersson (2020) s. 103.

3 När föreligger förtäckta värdeöverföringar?

3.1 Några inledande ord

I 17 kap. 1 § 1st. ABL återfinns fyra punkter som definierar vad som i lagens mening är att betrakta som värdeöverföringar. Fjärde punkten betecknas inom doktrin som en förtäckt värdeöverföring.⁴⁵ En förtäckt värdeöverföring är en värdeöverföring som sker genom ett vanligt förmögenhetsrättsligt avtal, men som i själva verket har för avsikt att vederlagsfritt ge bort bolagets tillgångar till aktieägare eller annan.⁴⁶ Härtill bör poängteras att särskilt fokus läggs på det tillgångsvärde som aktiebolaget förlorar genom en förtäckt värdeöverföring snarare än den eventuella vinning som mottagaren gör av transaktionen.⁴⁷

För att det ska vara fråga om en förtäckt värdeöverföring krävs att tre rekvisit som återfinns i 17 kap. 1 § 1st. 4p. ABL är uppfyllda, alltså ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har affärsmässig karaktär för bolaget”. I kapitel 3.2 - 3.4 kommer dessa tre rekvisit att avhandlas. Vidare kommer rekvisiten att tillämpas på några typfall och detta sker i avsnitt 3.5.

Även om termen värdeöverföring introducerades i 2005 års aktiebolagslag innebär inte detta att de grundläggande principerna för kapitalskyddet i aktiebolag har förändrats. I lagkommentaren påpekas att äldre rättskällor, trots det faktum att terminologin förändrats, fortfarande har stor relevans för både vid tillämpning av kapitalskyddsreglerna i ABL och vid avgörandet om en värdeöverföring föreligger eller ej.⁴⁸

⁴⁵ Andersson (2020) s. 101–102.

⁴⁶ Prop. 2004/05:85 s. 369–370, Andersson (2020) s. 71.

⁴⁷ SOU 2001:1 s. 354–355.

⁴⁸ Nerep, Samuelsson & Adestam, 17 kap. 1 § ABL, avsnitt 2.1 (2021).

3.2 Annan affärshändelse

För att en förtäckt värdeöverföring ska föreligga måste det vara fråga om en annan affärshändelse. Med annan affärshändelse menas alla typer av transaktioner som inte regleras av 17 kap. 1 § 1st. 1-3p. ABL som medför att bolagets förmögenhet förändras.⁴⁹ Konkret innebär det in- och utbetalningar, uppkomst av skulder och fordringar samt inflöden och uttag av ägare i form av likvida medel eller tillgångar.⁵⁰ Terminologin återfinns även i Bokföringslagen (SFS 1999:1078) där denna också är definierad. I Bokföringslagens 1 kap. 2 § definieras affärshändelse enligt följande:

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

I förarbetena till ABL definieras begreppet annan affärshändelse med hjälp av bokföringslagens betydelse av begreppet.⁵¹ Begreppets betydelse kan få liknande eller samma innebörd genom en analogitolkning.⁵² Propositionen till ABL hänvisar således till bokföringslagens definition av begreppet, en motivering till varför så är fallet eller varför regeringen valt att inte definiera begreppet i en aktiebolagsrättslig kontext framgår däremot inte.⁵³ Sättet som regeringen valt att beskriva begreppet affärshändelse är enligt mig inte helt oproblematiskt eftersom hänvisningen till Bokföringslagen kan ge sken av att en aktiebolagsrättslig affärshändelse har sin utgångspunkt i bolagets redovisning, men så är alltså inte fallet.⁵⁴

I doktrinen har begreppet affärshändelse diskuterats flitigt. Lehrberg påpekar att begreppet affärshändelse som sådant tar sikte på fler situationer än förtäckta värdeöverföringar. Lehrberg ger begreppet en så vidsträckt betydelse att det kan vara fråga om alla typer av händelser i bolaget.⁵⁵ Trots Lehrbergs initialt positiva inställning till begreppet är han i en artikel också kritisk till begreppet. Lehrberg

⁴⁹ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁵⁰ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁵¹ Prop. 2004/05:85 s.747.

⁵² Andersson (2020) s. 103.

⁵³ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁵⁴ Prop. 2004/05:85 s. 747, SOU 2001:1 s.351, Andersson (2020) s.134.

⁵⁵ Lehrberg (2012) s. 538.

påpekar dessutom att propositionen⁵⁶ menar att bokföringen inte har någon påverkan på rekvisitet affärshändelse utan snarare rekvisitet förmögenhetsminskning.⁵⁷ Terminologin affärshändelse är alltså således inte begränsad till huruvida om den går att bokföra eller inte.⁵⁸ Detta väcker frågan om huruvida bokföringen av en aktuell affärshändelse har någon betydelse om det är en affärshändelse i en aktiebolagsrättslig kontext.

Terminologin annan affärshändelse tar enligt Andersson sikte på alla typer av transaktioner som ett bolag gör förutom de som återfinns i 17 kap. 1 § 1st. 1-3p. ABL.⁵⁹ Syftet med ovan citerade paragraf ur bokföringslagen är att illustrera att begreppet affärshändelse inte nödvändigtvis måste begränsas till transaktioner som påverkar bolagets redovisning. I mitt tycke anser jag att denna uppdelning är bra. Inom många bolag finns det dolda värden som inte alltid tas upp i balansräkningen. Det kan vara tillgångar som skrivs av men har faktiska värden som överstiger det bokförda värdet. Dessutom är en balansräkning en ögonblicksbild över bolagets samlade tillgångar och skulder, i takt med att året går kan dessa fluktuera i värde, vilket inte alltid återspeglas i bolagets redovisning. Därmed är min uppfattning att lagstiftaren gör helt rätt i avseendet att inte begränsa sig till transaktioner som påverkar bolagets redovisning utan även täcka in sådana transaktioner som inte påverkar redovisningen.

3.3 Förmögenhetsminskning

För att en transaktions ska anses utgöra en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 1st. 4p. ABL ska bolagets förmögenhet minska. Detta avgörs i huvudsak genom allmänna principer och behöver inte nödvändigtvis vara att värdeöverföringen i fråga påverkar bolagets redovisning.⁶⁰ I praktiken betyder detta att ett bolag som säljer en tillgång till bokfört värde mycket väl kan anses utgöra en förmögenhetsminskning enligt 17 kap. 1 § 1st. 4p. ABL om tillgången i fråga har ett högre marknadsvärde än det bokförda värdet.⁶¹ Detta framkommer också i

⁵⁶ Prop. 2004/05:85 s.747.

⁵⁷ Lehrberg (2012) s. 542–543.

⁵⁸ Lehrberg (2012) s. 542, Prop. 2004/05:85 s.747.

⁵⁹ Andersson (2020) s. 134.

⁶⁰ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁶¹ Lehrberg (2012) s. 547, Svernlöv, (2014) s. 142–144.

propositionen till ABL.⁶² Här avviker man således från HD:s uppfattning i NJA 1995 s. 742, där HD tillämpar den så kallade nettometoden.

Eftersom bedömningen om bolagets förmögenhet minskar eller inte ska göras efter allmänna principer aktualiseras frågan vilka dessa principer kan tänkas vara, en fråga som inte besvaras i propositionen till ABL.⁶³ Viss vägledning återfinns i andra förarbeten där det framgår att man i huvudsak utgår från vanliga värderingsprinciper eller allmänna principer, vilket i sig också är en mycket vag och bred formulering.⁶⁴ En anledning till lagstiftarens vaga formulering är troligen för att fånga alla typer av värdeöverföringar. Problemet med detta förhållningssätt är att bedömningen riskerar att bli godtyckligt kring vad som anses vara en situation där bolagets förmögenhet minskar. Vidare diskuteras detta i lagkommentaren till 17 kap. 1 § 1st. 4p. ABL, där författarna menar på att förmögensminskningen ska hänföras till det faktiska marknadsvärdet i transaktionen.⁶⁵

I doktrin diskuteras också vilka typer av allmänna principer som kan komma att användas för att bestämma om företagets förmögenhet minskar. Andersson påpekar precis som framkommit i föregående stycke att förarbetena till ABL ger ytterst begränsat med vägledning.⁶⁶ Vidare menar Andersson att prestationerna i transaktionen ska värderas enligt ett marknadsvärde. Denna värdering måste ske med försiktighet för att därmed jämföra värdet som bolaget får i transaktionen med vad bolaget ger, prestationerna ska således stå i proportion till varandra.⁶⁷

I samband med en bedömning om bolagets förmögenhet minskar ska utgångspunkten i värderingen av prestationerna ske till en defensiv prissättning.⁶⁸ Detta förklaras med att det ofta finns förhandlingsutrymme i den aktuella affären.⁶⁹ Hur stor diskrepansen mellan det aktuella marknadsvärdet och värdet som tillgången fått i den aktuella transaktionen är inget som definieras, varken i lagtext eller i förarbeten. I doktrin har den tillåtna diskrepansen diskuterats, men i dessa

⁶² Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁶³ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁶⁴ SOU 2001:1 s. 355.

⁶⁵ Nerep, Samuelsson & Adestam, 17 kap. 1 § ABL, avsnitt 2.5.2 (2021).

⁶⁶ Andersson (2020) s. 141.

⁶⁷ Andersson (2020) s. 141.

⁶⁸ Prop. 2004/05:85 s. 747

⁶⁹ Andersson (2020), s. 141.

diskussioner nämns enbart begrepp som avsevärd och uppenbar.⁷⁰ Om det rör sig om flera transaktioner som gemensamt bidrar till att bolagets förmögenhet minskar, förespråkar röster i doktrin en helhetsbedömning, där man tar hänsyn till samtliga omständigheter i transaktionen.⁷¹ Rekvisitetet förmögenhetsminskning är aningen speciellt eftersom transaktionen i fråga inte nödvändigtvis behöver leda till en förmögenhetsminskning omgående. Exempel på sådana transaktioner kan vara vissa typer av borgensåtaganden som görs till utomstående.⁷²

Värdeöverföringar från bolaget kan delas upp i två underkategorier; direkt och indirekt förmögenhetsminskning.⁷³ Med en direkt förmögenhetsminskning avses sådana transaktioner som ger upphov till att bolagets förmögenhet omedelbart minskar. Exempel på detta är att bolaget avhänds tillgångar i form kapital eller andra tillgångar. Effekten av den aktuella transaktionen är att bolaget, som en konsekvens av transaktionen, har en mindre förmögenhet.⁷⁴

En indirekt förmögenhetsminskning är mycket svårare att direkt se.⁷⁵ Ett exempel på en indirekt förmögenhetsminskning är ett vederlagsfritt lån, eller att någon får använda bolagets tillgångar vederlagsfritt.⁷⁶ Transaktionen behöver inte nödvändigtvis vara helt vederlagsfri utan kan även bestå av betalning som understiger marknadsmässiga nivåer.⁷⁷ Att inte ta ut marknadsmässig ränta eller hyra i ett avtal eller annan rättshandling påverkar inte bolagets förmögenhet negativt i den bemärkelsen att tillgångar byter händer. Det som utgör en förmögenhetsminskning är att bolaget har försatts i en sämre ekonomisk situation än vad de hade kunnat vara i om de tagit ersättning på marknadsmässiga villkor.⁷⁸ Karakteristiskt för en indirekt förmögenhetsminskning är att transaktionen i fråga inte uppgår till marknadsmässiga nivåer för tjänsten som företaget utfört. Trots detta utgör det en förmögenhetsminskning eftersom bolaget försatts i en sämre

⁷⁰ Lehrberg (2016) s. 294–295.

⁷¹ Andersson (2020) s. 141.

⁷² Andersson (2020) s. 141–143.

⁷³ Andersson (2020) s. 142–143.

⁷⁴ Andersson (2020) s. 142.

⁷⁵ Andersson (2020) s. 142.

⁷⁶ Andersson (2020) s. 143.

⁷⁷ Andersson (2020) s. 143.

⁷⁸ Andersson (2020) s. 143.

ekonomisk position än vad de hade varit om de hade tagit ut marknadsmässig ersättning för deras tjänster.⁷⁹

I propositionen till ABL framgår att alla transaktioner som medför att bolagets förmögenhet minskar, eller förändrar sammansättningen är i lagens mening förmögenhetsminskningar.⁸⁰ Att jämställa förmögenhet med bolagets tillgångsmassa i balansräkningen, vilket är det mätninginstrument som är mest använt för att få en överblick över ett bolags förmögenhet samt sammansättningen av denna, kan i vissa fall anses vara befogat. Trots detta framgår det i propositionen till ABL att en förmögenhetsminskning inte nödvändigtvis måste påverka bolagets redovisning.⁸¹ Även om indirekta värdeöverföringar inte direkt påverkar bolagets tillgångsmassa är dessa överföringar enligt Andersson att betrakta som värdeöverföringar i lagens mening.⁸² Andersson påpekar dessutom att det finns omfattande stöd i doktrin för att indirekta förmögenhetsminskningar omfattas av värdeöverföringsbegreppet. Vidare framhäver Andersson att en viss försiktighet är nödvändig för att indirekta värdeöverföringar inte ska få en allt för vidsträckt omfattning.⁸³

Frågan om värdeöverföringar blir mer intressant om man lyfter argumentet att en person får använda bolagets tillgångar vederlagsfritt i marknadsföringssyfte. Om bolaget vederlagsfritt överlåter produkter till en person i hopp om att denne eventuellt delar med sig av vad denne tycker, är det då en värdeöverföring som medför att förmögenhetssammansättningen minskar? Eller är det en marknadsföringsstrategi? Eller kanske rent av en investering i hopp om att i framtiden kunna arbeta med personen i fråga? Enligt min mening finns det i dagsläget inte något entydigt svar på denna fråga, men min synpunkt i frågan är att lagstiftaren inte ska förhindra bolag att använda sig av nya kreativa sätt att marknadsföra sina produkter och tjänster, knyta kontakter och skapa framtida samarbetspartners.

⁷⁹ Andersson (2020) s. 143.

⁸⁰ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁸¹ Prop. 2004/05:85 s. 747.

⁸² Andersson (2020) s. 144.

⁸³ Andersson (2020) s. 144.

3.4 Saknar affärsmässig karaktär för bolaget

3.4.1 Några utgångspunkter

Det tredje rekvisitet som ska vara uppfyllt för att en förtäckt värdeöverföring ska föreligga är att transaktionen i fråga inte ska ha rent affärsmässig karaktär för bolaget. Detta innebär att bedömningen som ska göras är huruvida transaktionen är affärsmässig karaktär. Det är min uppfattning att det finns stora svårighet för utomstående att göra en rättvis bedömning om vad som är affärsmässigt för det aktuella bolaget. En transaktion som ger upphov till en förmögenhetsminskning idag kan ge upphov till stora vinster mycket längre fram. Exempel på sådana transaktioner kan vara utvecklingskostnader för nya produkter eller marknadsföringskostnader. Därutöver förändras många marknader mycket fort vilket i praktiken kan betyda att något som inte ansågs vara av affärsmässig karaktär för ett år sedan, idag har en affärsmässig karaktär.⁸⁴ En utgångspunkt i samband med att en bedömning görs om huruvida en transaktion är att anse som affärsmässig är det vinstsyfte som ett aktiebolag till sin natur har. Om transaktionen inte kan anses vara av sådan karaktär att den främjar vinstsyftet kan den troligen inte heller ha affärsmässig karaktär.⁸⁵ Återigen måste dock poängteras svårigheten i att beakta alla aspekter av en affärshändelse, såväl på lång som kort sikt, för någon annan än den som har djup kunskap om en verksamhets rörelse. Var gränsen eventuellt går mellan ett dumdrigt affärsbeslut i stundens hetta och en icke affärsmässig transaktion är med andra ord svårbedömt.

Nerep påpekar på samma sätt att bedömningen om huruvida en transaktion ska anses som affärsmässig kan var mycket komplicerad. En transaktion som vid första anblick helt saknar affärsmässig karaktär kan mycket väl ha affärsmässig karaktär om transaktionen i fråga ämnar ge en affärsbetingad fördel i framtiden.⁸⁶ Huruvida den aktuella transaktionen är klok behöver inte nödvändigtvis spela någon roll.⁸⁷

Trots att det kan vara svårt att definiera vilka typer av transaktioner som har affärsmässig karaktär har lagstiftaren påpekat att transaktioner som delvis har affärsmässig karaktär även faller innanför rekvisitet för förtäckta

⁸⁴ Sandström (2020) s. 309–312

⁸⁵ Bergström, Samuelsson (2021) s. 41.

⁸⁶ Nerep (1994) s. 129–130

⁸⁷ Nerep (1994) s. 130.

värdeöverföringar. Detta betyder att enbart sådana transaktioner som är helt affärsmässiga faller utanför rekvisitet.⁸⁸ Vidare vill författaren poängtera att vanligtvis centreras diskussionen i huruvida en bedömning om en transaktions affärsmässighet ska göra utifrån en objektiv eller subjektiv bedömningsmodell. I följande avsnitt kommer denna uppdelning inte göras. Detta beslut grundar sig i att lagstiftaren och doktrin är överens om att bedömningen även kan ha sin utgångspunkt i både objektiva och subjektiva kriterier, där vissa förespråkar en kombination av objektiva och subjektiva kriterier. Som en konsekvens av detta kommer kriterierna att behandlas utifrån vad som framgår i av respektive rättskälla.

3.4.2 Enligt förarbeten

I utredningsbetänkandet SOU 1997:168 uttalade aktiebolagskommittén att frågan om en transaktion kan anses som affärsmässigt betingad eller ej får i det enskilda fallet avgöras med hänsyn till värdediskrepansen storlek, transaktionens karaktär, mottagarens relation till bolaget och övriga omständigheter.⁸⁹ Kommittén uttalade således att frågan om en transaktion kan anses affärsmässigt betingad eller inte skall avgöras enligt objektiva kriterier. I betänkandet SOU 2001:1 ansåg kommittén att uppmärksamhet i bedömningen även ska riktas mot dem som handlat i företags namn.⁹⁰ Kommittén menade att syftet som företags representanter har haft med den aktuella transaktionen ska stå i centrum vid bedömningen.⁹¹ Regeringen ansåg i propositionen till ABL, att kommittén i huvudsak lyfter fram objektiva kriterier.⁹²

I propositionen till ABL anges att frågan om huruvida en transaktion kan anses affärsmässigt betingad eller ej ska i första hand avgöras utifrån objektiva iakttagbara kriterier.⁹³ Vid användandet av dessa kriterier brukar man säga att man utgår ifrån en objektiv bedömning.⁹⁴ I propositionen exemplifieras kriterierna med värdediskrepansens storlek, avtalets karaktär, mottagarens relation till och insyn i bolaget samt andra omständigheter.⁹⁵ Motiveringen bakom att använda objektiva

⁸⁸ Prop. 2004/05:85 s. 748.

⁸⁹ SOU 1997:168 s. 66.

⁹⁰ SOU 2001:1 s 355.

⁹¹ SOU 2001:1 s.355.

⁹² Prop. 2004/05:85 s. 371.

⁹³ Prop. 2004/05:85 s.371-372.

⁹⁴ Prop. 2004/05 s. 371–372.

⁹⁵ Prop. 2004/05:85 s. 372.

kriterier är att det är lättare att avgöra om en värdeöverföring har skett eller ej.⁹⁶ Dessa kriterier som lagstiftaren tar sikte på går alltså, för en person som står utanför bolaget i fråga, att iaktta.⁹⁷ De är såldes objektivt observerbara för andra än bolaget som gjort transaktionen.⁹⁸

I specialmotiveringen i propositionen framgår att en transaktion som är oförmånlig för bolaget samtidigt som den är förmånlig för motparten inte bör påverka om transaktionen är att anse som affärsmässigt betingad eller ej.⁹⁹ Detta betyder enligt regeringen att det faktum att bolaget i fråga har gjort en dålig affär inte nödvändigtvis är att betrakta som en förtäckt värdeöverföring i paragrafens mening.¹⁰⁰ Ett annat kriterium som enligt regeringen ska stå i centrum är frågan om transaktionen är förenlig med den verksamhet som bolaget normalt bedriver.¹⁰¹ I propositionen poängteras att om transaktionen utgör en normal del i bolagets verksamhet så får transaktionen anses ha affärsmässig karaktär.¹⁰² Om det är fråga om en transaktion mellan å ena sidan en aktieägare i ett fåmansbolag och dennes bolag, borde en ganska liten diskrepans mellan prestationerna kunna ifrågasätta transaktionens affärsmässighet.¹⁰³ Specialmotiveringen avslutas med att lagstiftaren poängterar att bedömningen måste grundas på förhållandena i det enskilda fallet.¹⁰⁴

Trots att regeringen tydligt förespråkar att bedömningen i första hand ska ske enligt objektiva iakttagbara kriterier så utesluter inte regeringen möjligheten att använda sig av andra kriterier i bedömningen.¹⁰⁵ Detta följer av propositionen som anger att frågan om affärsmässighet i första hand skall avgöras utifrån objektivt iakttagbara kriterier.¹⁰⁶ Går det ej att avgöra frågan med objektiva kriterier bör man då på grund av uttrycket i första hand ha möjlighet att använda sig av bland annat subjektiva kriterier. Det kanske också går att argumentera att subjektiva kriterier ingår i

⁹⁶ Prop. 2004/05:85 s. 372.

⁹⁷ Prop. 2004/05:85 s.748.

⁹⁸ Prop. 2004/05:85 s. 748.

⁹⁹ Prop. 2004/05 s.748.

¹⁰⁰ Prop. 2004/05 s. 748.

¹⁰¹ Prop. 2004/05:85 s.748.

¹⁰² Prop. 2004/2005:85 s. 748.

¹⁰³ Prop. 2004/05:85 s.748.

¹⁰⁴ Prop. 2004/05 s.748.

¹⁰⁵ Prop. 2004/05:85:85 s. 372.

¹⁰⁶ Prop. 2004/05:85 s. 372.

uttrycket andra omständigheter. Regeringen torde således inte utesluta att man vid en bedömning även använder sig av subjektiva kriterier när man avgör frågan om affärsmässighet. Regeringen är emellertid tydlig med att hur dessa kriterier och andra omständigheter ska vägas mot varandra är inte en fråga som ska regleras i lag, utan utvecklas i praxis.¹⁰⁷

3.4.3 Enligt praxis

I kommande avsnitt kommer tre rättsfall att presenteras och sedan analyseras. Författaren är väl medveten om att det finns äldre rättspraxis på området, men på grund av terminologin förändrades i och med 2005 års ABL har rättspraxis centrerats till fall som kommit därefter.¹⁰⁸

NJA 2021 s.388

I NJA 2021 s.388 är den huvudsakliga frågan vad som i lagens mening ska utgöra ett penninglån. Utöver den huvudsakliga frågan diskuterar HD begreppet värdeöverföring och vilka rekvisit som ska användas i samband med denna bedömning. I målet är det fråga om RS, en aktieägare som äger 95 procent av Läkarleasing Sverige AB.¹⁰⁹ I samband med ett privat husköp har RS begärt ett förskott på den utdelning som ska betalas ut i slutet av räkenskapsåret. Det aktuella förskottet på utdelningen fanns det inget stämmobeslut på.¹¹⁰ Detta medförde att bolagets ekonomichef redovisade förskottet som en fordran som bolaget hade på RS. HD:s resonemang grundar sig i de aktuella omständigheterna i transaktionen. Dessa omständigheter i förekommande fall är att RS i ett e-postmeddelande till bolaget skrivit just att det var fråga om ett förskott på utdelningen.¹¹¹ Anledningen till bokföringen gör gällande att det är fråga om ett lån som RS tar ut från bolaget är enligt ekonomichefen att det saknar underlag på förskottsutdelningen. HD lägger viss vikt vid att bolaget hade tillräckligt med fritt eget kapital för att göra den aktuella utdelningen vid tillfället i fråga. I punkt 31 av domen understryker HD deras resonemang om att den avsikt som bolaget hade med transaktionen är central för bedömningen. Bedömningen som HD gör tar således sin utgångspunkt i både

¹⁰⁷ Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁰⁸ För ett urval av äldre rättsfall se Andersson (2020) s. 107–112.

¹⁰⁹ NJA 2021 s. 401.

¹¹⁰ NJA 2021 s. 406.

¹¹¹ NJA 2021 s. 405.

objektiva och subjektiva bedömningskriterier. Vad gäller de objektiva kriterierna framhåvs bolagets finansiella situation där de hade tillräckligt med fritt eget kapital för att göra den aktuella utdelningen. Däremot finns det objektiva kriterier som talar emot att den aktuella transaktionen var ett förskott på utdelningen, nämligen bolagets redovisning som redovisade den aktuella transaktionen som en fordran på RS. De subjektiva kriterierna talar däremot starkt för att transaktionen var tänkt att vara ett förskott på den utdelning som var tänkt att betalas ut i slutet på året. HD kompletterar därmed de objektiva kriterierna i det aktuella fallet med subjektiva kriterier.

T 3684–11

I förekommande fall är det fråga om ett företag A vars verksamhet bestod av att utveckla fastigheter. I ett av deras projekt anlät företag A företaget B för att resa ett hus på en av fastigheterna. I samband med att företag B genomförde projektet överlät företag A sin verksamhet till ett närstående företag C. Köpeskilningen uppgick till fastigheternas bokförda värde. Bolaget B väckte talan mot bolag A och menade att de brutit mot borgenärskyddsreglerna i 17 kap. 3 § ABL.¹¹² Hovrätten fäster betydelse i två huvudsakliga delar i transaktionen: dels värdediskrepansens storlek och del mottagarens relation till bolaget. Hovrätten har alltså sin utgångspunkt i objektiva kriterier.¹¹³ Hovrätten bestämde att bolagsrepresentanterna för bolaget A skulle ersätta den skada som representanterna hade orsakat bolaget genom den otillåtna värdeöverföringen.¹¹⁴

T 4805–11

Följande rättsfall handlar om en tandläkarpraktik som genom en försäljning av inkråmet övergick från att vara ett kommanditbolag till att vara ett aktiebolag. Den aktuella köpeskillingen uppgick till 250 000 kr samtidigt som aktiebolaget övertog en skuld på 4 000 000 kr.¹¹⁵ Kort efter förvärvet sattes bolaget i konkurs, varpå konkursboet väckte talan mot före detta ägarna som menade att inkråmet hade förvärvats till överpris. Konkursboet menade på att den aktuella köpeskillingen

¹¹² T 3684–11 s. 2.

¹¹³ T 3684–11 s.9.

¹¹⁴ T 3684–11 s. 15.

¹¹⁵ T 4805–11 s. 1.

uppgick till 4 250 000 kr, vilket enligt konkursboet var 4 000 000 kr över det aktuella marknadsvärdet.¹¹⁶ Hovrättens bedömning hade sin utgångspunkt i objektiva kriterier, där hovrätten påpekar att värdediskrepansen mellan det som de fick i form av tillgångar i inkråmsöverlåtelsen jämfört med vad de betalade för dessa inte stod i proportion till tillgångarnas värde. Den stora värdediskrepansen mellan tillgångarna och köpeskillingen talar enligt domstolen för att transaktionen inte var affärsmässigt betingad.¹¹⁷

Vad som är intressant i detta rättsfall är att domstolen även gör en bedömning av vilket syfte som företrädarna för det nystartade bolaget hade med transaktionen. Syftet med att överta skulden var enligt representanter från bolaget att de hade en förhoppning om att finansieringen skulle vara kostnadsfri. Detta kunde representanterna för bolaget inte styrka vilket medförde att domstolen inte la någon vikt vid denna omständighet. Trots detta är det viktigt att notera att domstolen faktiskt överväger att använda sig av subjektiva kriterier. Det som hindrar domstolen från att göra det i detta fall var att syftet med transaktionen var otydligt.¹¹⁸

Några kommentarer angående rättsfallen

I HD fallet ovan fästs särskild vikt vid vilken avsikt som bolaget i fråga hade med den aktuella transaktionen. Därutöver fäster HD vikt vid några vissa objektiva kriterier, så som bolagets redovisning och deras möjlighet att dela ut pengar vid det aktuella tillfället. Även hovrätten prövar möjligheten att använda sig av subjektiva kriterier i fallet T 4805–11. Trots att HD i NJA 2021 s.388 och hovrätten i T 4805–11, följer båda domstolarna den ordning som lagstiftaren ställt upp, nämligen att i första hand se till de objektiva kriterierna. I NJA 2021 s.388 använder HD både subjektiva och objektiva kriterierna. Av fallen ovan bör det enligt min mening stå klart att även om det inte är otillåtet att använda sig av subjektiva kriterier i bedömningen, så ska bedömningen ha sin utgångspunkt i objektivt observerbara kriterier, vilket den i huvudsak har i samtliga fall.¹¹⁹ I de fall då de objektiva

¹¹⁶ T 4805–11 s. 3

¹¹⁷ T 4805–11 s. 16

¹¹⁸ T 4805–11 s. 15.

¹¹⁹ NJA 2021 s388, T 4805-11, T 3684-11, Prop. 2004/05 s. 371.

kriterierna behöver kompletteras finns det i två av fallen ovan en eventuell öppning från domstolarnas sida att öppna upp för att komplettera de objektiva kriterierna med subjektiva kriterier.

3.4.4 Enligt doktrin

I detta avsnitt kommer doktrin att avhandlas i syfte för att få en förståelse för vilka kriterier som dominerar den rättsliga diskussionen samt varför rättsvetarna har denna ståndpunkt. Gällande de kriterier som används i samband med bedömningen diskuteras dessa främst utifrån objektiva eller subjektiva kriterier.¹²⁰ I doktrin har valet av objektivt observerbara omständigheter i samband med bedömningen motiverats genom att det finns processuella svårigheter med att bevisa någons avsikt med en transaktion. Detta problem finns emellertid inte med en objektiv bedömning.¹²¹

I doktrin finns det flera rättsvetare som förespråkar en subjektiv inriktning.¹²² Nerep är en av dessa som framhåller att omständigheterna runt den aktuella transaktionen måste stå i centrum för bedömningen.¹²³ Nerep exemplifierar detta genom ett lån utan ränta som ett aktiebolag ger till en underleverantör som är på väg mot obestånd. Underleverantören är avgörande för det aktuella aktiebolagets överlevnad. Lånet som bolaget ger ut kan vara helt utan ränta eller klart lägre än den marknadsmässiga räntan. Därmed kan lånet som sådant uppfattas som en värdeöverföring som till synes saknar affärsmässig karaktär för aktiebolaget i fråga men krävs för dess överlevnad. Genom detta exempel menar Nerep att samtliga omständigheter måste vägas in i samband med att man gör bedömningen om en värdeöverföring saknar affärsmässig karaktär. Nerep påpekar dessutom att detta synsätt saknar stöd i förarbeten till 1975 års aktiebolagslag och praxis.¹²⁴ Nerep framför även synpunkter att samtliga omständigheter i transaktionen måste övervägas för att man skall kunna göra en rättvis bedömning om transaktionens affärsmässiga karaktär.¹²⁵ Även om Nerep inte uttryckligen påpekar att han förespråkar en subjektiv bedömning framhåller han att samtliga omständigheterna i transaktionen får en central roll,

¹²⁰ Prop. 2004/05:85 s.371–3

¹²¹ Andersson (2014) s. 85, Sandström (2020) s. 312.

¹²² Nerep (1994), Lindskog (1995), Lehrberg (2012).

¹²³ Nerep (1994) s. 124.

¹²⁴ Nerep (1994) s. 124–125.

¹²⁵ Nerep (1994) s. 125.

därmed innefattade även de subjektiva. Andersson benämner Nereps ställningstagande som en hybridmodell, en typ av ”objektifierad avsiktsrekvisit”.¹²⁶

Även Lindskog anser att subjektiva kriterier skall användas när det gäller att avgöra om handlingen saknar affärsmässighet. Vilket uppsåt som bolaget hade med transaktionen är således centralt i Lindskogs uppfattning.¹²⁷ Vad som är värt att notera är att Nereps och Lindskogs resonemang bygger på uttalande som återfinns i förarbeten till 1975 års aktiebolagslag.¹²⁸

Lehrberg anser att subjektiva rekvisit skall användas när det gäller att avgöra om handlingen saknar affärsmässighet.¹²⁹ Lehrberg argumenterar inte emot lagstiftaren i sak om att använda sig av objektiva kriterier men ifrågasätter om det är klokt att begränsa sig till dessa.¹³⁰ Vidare påpekar Lehrberg att bedömningen som ska göras i huvudsak skall ta sin utgångspunkt i objektivt observerbara omständigheter.¹³¹ Lehrberg påpekar dessutom att även antaganden om bolagets avsikter med transaktioner tar sin utgångspunkt i objektivt observerbara omständigheter. Gällande bedömningen om en transaktion har affärsmässig karaktär eller ej menar Lehrberg dock att en kombination av de objektiva och subjektiva kriterierna är att föredra.¹³²

Utöver Lehrberg har även Sandström påpekat att användandet av objektiva eller subjektiva kriterier är mycket omdiskuterad och ifrågasatt.¹³³ Detta grundar sig i lagstiftarens formulering i förarbetena till ABL, där det framgår att bedömningen om en transaktion har affärsmässig karaktär eller inte ska grunda sig i objektiva kriterier.¹³⁴ Sandström argumenterar för att en bedömning av en transaktions karaktär inte enbart kan göras utifrån objektiva faktorer utan subjektiva faktorer måste vägas in. Bedömningen som ska göras är om transaktionen överensstämmer

¹²⁶ Andersson (2020) s. 130.

¹²⁷ Lindskog (1995), s. 36 & s. 41

¹²⁸ SOU 1971:15 s. 310., Lindskog (1995), s. 69–70.

¹²⁹ Lehrberg (2012) s. 552.

¹³⁰ Lehrberg (2012) s. 554.

¹³¹ Lehrberg (2012) s. 544.

¹³² Lehrberg (2012) s. 554.

¹³³ Sandström (2020) s. 312.

¹³⁴ Prop. 2004/05:85 s. 371.

med vinstsyftet i bolaget vilket enligt Sandström ska göras utifrån både subjektiva och objektiva faktorer.¹³⁵

En av de största motståndarna i doktrin till att använda subjektiva kriterier är Jan Andersson. Trots motståndet till de subjektiva kriterierna påpekar Andersson dock att motiven till transaktionen måste vägas in i bedömningen.¹³⁶ Anderssons ståndpunkter grundar sig i ett resonemang där aktieägare kontrollerar stora delar av den löpande verksamheten.¹³⁷ Genom att aktieägarna är involverade i den dagliga verksamheten, samtidigt som de har stort inflytande i den aktuella verksamheten möjliggör det för aktieägare att privat tillägna sig värden på bolagets bekostnad. Andersson påpekar att bolagets storlek eller huruvida bolaget är noterat saknar betydelse för användandet av denna bedömning.¹³⁸ Det som i stället är avgörandet är aktieägarens inflytande i bolaget och därmed dennes möjlighet att påverka de transaktioner som görs.¹³⁹ Andersson menar att den objektiva bedömningen bäst är lämpad att skydda minoritetsägare och borgenärer.¹⁴⁰ Detta motiverar Andersson genom att det finns en uppenbar intressekonflikt mellan å ena sida stora och inflytelserika aktieägare och å andra sidan minoritetsägare och borgenärer.¹⁴¹

Till trots för det ovan nämnda, påpekar Andersson att det motiv som ett bolag haft med en specifik transaktion måste vägas in i bedömningen. Det faktum att Andersson väljer att inte benämna denna typ av överväganden som subjektiva saknar i min mening betydelse, eftersom det han beskriver liknar just subjektiva kriterier. Motiven bakom transaktionen är nämligen precis de som Nerep, Lindskog, Sandström och Lehrberg anser skall beaktas i bedömningen. Det faktum att Andersson väljer att benämna dessa övervägande på annat sätt bör enligt min mening inte påverka det faktum att även Andersson förespråkar att hänsyn ska tas till motiven bakom transaktionen.¹⁴²

¹³⁵ Sandström (2020) s. 312.

¹³⁶ Andersson (2020) s. 150.

¹³⁷ Andersson (2020) s. 128.

¹³⁸ Andersson (2020) s. 128.

¹³⁹ Andersson (2020) s. 128.

¹⁴⁰ Andersson (2014) s. 77.

¹⁴¹ Andersson (2020) s. 124.

¹⁴² Andersson (2020) s. 150.

Vidare bör det understrykas att regeringen inte helt stänger dörren för subjektiva inslag i bedömningen. I propositionen framgår att bedömningen i första hand bör avgöras utifrån objektiva kriterier.¹⁴³ I första hand innebär detta enligt min mening att det inte uteslutande måste avgöras med objektiva kriterier utan det är tillåtet att göra bedömningen även med subjektiva kriterier. De övriga omständigheter som lagstiftaren påpekar att man ska ta hänsyn till kan inkludera även subjektiva kriterier. Därutöver finns även ett förhållandevis nytt avgörande i NJA 2021 s. 388, som jag berört ovan, där HD kompletterar sin bedömning med subjektiva kriterier. Därmed är det enligt min mening klarlagt att det är fullt möjligt att använda sig av subjektiva inslag i bedömningen av affärsmässighet.

3.4.5 Närmare om de objektiva kriterierna

I kommande avsnitt kommer några objektiva kriterier som kan ligga till grund för bedömningen gällande om en transaktion anses ha affärsmässig karaktär eller ej. Kriterierna centreras till de som regeringen tar upp i propositionen till 2005 års ABL; nämligen värdediskrepansen storlek, mottagarens relation till bolaget, transaktionens karaktär och andra omständigheter.¹⁴⁴

Skillnaden mellan värdet på prestationerna – värdediskrepansen

En central fråga är hur man som utomstående ska avgöra om en transaktion har rent affärsmässig karaktär för bolaget i fråga? Svårigheten uppstår bland annat i det faktum att det i många verksamheter sker mängder av transaktioner på daglig basis. Som tidigare diskuterat medför vissa av dessa transaktioner att bolaget får en motprestation som inte direkt speglar värdet på deras prestation. För vissa transaktioner finns det dock stora svårigheter att direkt mäta motprestationen som bolaget får åter.¹⁴⁵ I förarbetena till ABL framgår att bedömningen i första hand ska göras utifrån objektiva observerbara kriterier, med särskilt vikt på värdet på vad företaget ger jämfört med vad de får i den aktuella transaktionen, även kallad värdediskrepansen.¹⁴⁶ Det finns däremot stora utmaningar med att fastställa värdet av tillgångar. I min mening bygger alla värderingar som görs på ett antal antaganden. Dessa antaganden kan vara av enklare karaktär, till exempel att en

¹⁴³ Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁴⁴ Prop. 2004/05:85 s. 371.

¹⁴⁵ Sandström (2020) s. 309–312, SOU 2001:1 s. 355–356.

¹⁴⁶ Prop. 2004/05:85 s. 748.

maskin som ska värderas fungerar korrekt, eller av svårare karaktär, till exempel hur stora delar av ett företags kundbas inte kommer att kunna betala sina fakturor. Oavsett om antagandena är enkla eller svåra att göra ligger de till grund för det värdet som kommer att tillskrivas en specifik tillgång. Lagstiftaren menar att en defensiv värdering av tillgångarna gör det enklare att värdera dessa.¹⁴⁷

Ett kriterium som lagstiftaren väljer att fästa särskild vikt vid är värdediskrepansens storlek.¹⁴⁸ Valet av detta motiveras genom att det i det enskilda fallet blir lättare att avgöra om det är fråga om en värdeöverföring eller inte.¹⁴⁹ Däremot undertryckts det i propositionen att enbart göra bedömningen utifrån värdediskrepansen storlek medför att bedömningen blir ofullständig. I stället menar lagstiftaren att flera objektivt observerbara kriterier, så som avtalets karaktär och mottagarens relation till bolaget, måste beaktas i bedömningen.¹⁵⁰

Mottagarens relation till bolaget

Vid en bedömning om huruvida en transaktion har rent affärsmässig karaktär eller ej finns det anledning att se på vilken relation som mottagaren har till företaget i fråga. I propositionen till ABL förklaras att vilken relation, formell position i bolaget eller inflytande en person har på bolaget i fråga påverkar bedömningen om huruvida en transaktion ska ses som affärsmässig.¹⁵¹ Det krävs därmed inte att mottagaren har relation till bolaget, utan snarare om beslutet att göra den aktuella transaktionen påverkats av den aktuella relationen. Trots detta betyder inte detta att alla närståendetransaktioner saknar affärsmässig karaktär, men intressekonflikterna som kan komma i fråga är påtagliga. Närståendetransaktioner som har affärsmässig karaktär är till exempel aktieägare som är verksamma inom det aktuella bolaget och får lön, det som då kan ifrågasättas är huruvida lönen är marknadsmässig.¹⁵² Trots att sådana diskussioner om marknadsmässighet i transaktioner kan komma att bli mer aktuella i samband med att bolaget har relationer till personen i fråga, finns det många exempel på närståendetransaktioner som är fullt tillåtna.

¹⁴⁷ Prop. 2004/05:85 s. 747

¹⁴⁸ Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁴⁹ Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁵⁰ Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁵¹ Prop 2004/05:85 s. 748.

¹⁵² Prop. 2004/05:85 s. 748.

När det är fråga om en transaktion mellan en aktieägare och dennes företag och företaget är ett fåmansbolag torde en ganska liten skillnad mellan parternas prestationer medföra att handlingen ses som en värdeöverföring.¹⁵³ Då väcks en misstanke om en förtäckt värdeöverföring även vid mycket små värdediskrepanser. Detta förklaras med att i bolag där det enbart finns en aktieägare och denne även är verksam i den operativa verksamheten finns det uppenbara risker med att denne försöker berika sig själv på bolagets bekostnad. Men precis som tidigare framfört måste bedömningen ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁵⁴ Lehrberg menar å sin sida att det inte är befogat att ställa högre krav på fåmansbolag. Sådana krav späder bara på fördomarna om att småföretagare försöker berika sig själva på bolagets bekostnad.¹⁵⁵ Lehrbergs argumentation om fördomar mot småföretagare stämmer enligt min mening i viss mån. Men det är svårt att se förbi de uppenbara risker som är förknippade med transaktioner mellan bolaget och aktieägare eller närstående till aktieägare. Är det fråga om en transaktion med utomstående kan större skillnader i värdediskrepansen accepteras utan att en förtäckt värdeöverföring föreligger.¹⁵⁶

Transaktionens karaktär

För att bedöma om en affär har affärsmässig karaktär eller inte bör det även göras en analys utifrån transaktionens karaktär. En central del i transaktionens karaktär är om den görs för att främja vinstsyftet eller ej. Vinstsyftet regleras i 3 kap. 3 § ABL där det framgår att bolagets huvudsakliga syfte är att skapa vinst till aktieägarna. Därmed ska bolagsrepresentanter göra sådana val som främjar detta syfte.¹⁵⁷ Transaktioner som inte uppfyller detta syfte kan därmed inte heller anses ha affärsmässig karaktär.

När man analyseras vinstsyftet i förhållande till rekvisitet om affärsmässig karaktär är det centralt att understryka att alla förmögenhetsminskningar inte per automatik kommer att ge en motprestation omgående. Denna typ av

¹⁵³ Prop. 2004/05:85 s. 748.

¹⁵⁴ Prop. 2004/05:85. s. 748, Nerep (1994) s. 124–125, Andersson (2020) s. 150.

¹⁵⁵ Lehrberg (2016), s. 565–566.

¹⁵⁶ Prop. 2004/05:85 s. 748.

¹⁵⁷ Bergström, Samuelsson (2021) s. 22–23.

förmögenhetsminskningar brukar benämnas som investeringar, vars syfte är att ge upphov till framtida vinst eller besparingar.¹⁵⁸ Investeringar som företag väljer att göra kan vara väldigt tydliga, som en investering i en ny tillverkningsmaskin, eller mycket otydlig, som utvecklingskostnader för eventuella framtida produkter. Samtliga investeringar medför risk och beroende på risken som investeringen är associerad med påverkar det återbetalningstiden för den aktuella investeringen. Vad som ofta utgör en investering är att ett bolag betalar ett pris för en tillgång som ger avkastning på investeringen. Vid en första anblick ser denna typ av transaktioner ut som en helt sedvanlig värdeöverföring. Enligt min mening kan det däremot vara svårt att urskilja en förtäckt värdeöverföring med mycket osäker investering, exempelvis i ett nytt läkemedel. Tillgången som bolaget får för investeringen har nämligen inte något värde förrän den introduceras på marknaden och därmed kan man fram till detta att en marknadsintroduktion eventuellt sker ifrågasätta investeringarna som görs i det aktuella projektet. Samma fråga aktualiseras i samband med att investeringar görs med relativt låg avkastning. Om avkastningstiden för investeringen är allt för lång, eller inte motiverad sett till vad som normalt förekommer inom den specifika branschen så kan det finnas anledning till att ifrågasätta investeringens affärsmässighet. Investeringar som först ger full återbetalning på investeringen efter många decennier kan således ifrågasättas. Av ovanstående resonemang kan man alltså dra slutsatsen att vinstsyftet i förhållande till om transaktions affärsmässighet varierar på grund av typen av affärshändelse. Investeringar är ett typexempel på en affärshändelse som vid en första anblick kan vara svår att motivera i förhållande till vinstsyftet, trots detta måste det vara fullt tillåtet för företag att göra riskfyllda investeringar utan att lagstiftaren klassar affärshändelsen som icke-affärsmässig. Denna ståndpunkt ger även utredningsbetänkande SOU 2001:1 stöd för.¹⁵⁹

En annan aspekt som Andersson diskuterar är huruvida en värdeöverföring faller utanför sådana transaktioner som företaget i fråga brukar göra. Om transaktionen utgör en normal del i verksamheten har transaktionen troligtvis en affärsmässig karaktär.¹⁶⁰ Detsamma gäller enligt Andersson motsatsvis, om en transaktion faller

¹⁵⁸ Bergström, Samuelsson (2021) s. 41.

¹⁵⁹ SOU 2001:1 s. 356.

¹⁶⁰ Andersson (2020) s. 150.

utanför det som utgör kärnverksamheten är det lättare att ifrågasätta värdeöverföringens affärsmässighet.¹⁶¹ Detta utvecklas vidare i propositionen där det framgår att om transaktionen är främmande för det verksamhetsföremål som framgår av bolagsordningen och därmed inte utgör en normal del i bolagets vardagliga verksamhet, så är det möjligt att ifrågasätta transaktionens affärsmässighet.¹⁶² Att förstå den dagliga verksamheten är enligt mig en mycket central del i att kunna urskilja en värdeöverföring mot en högriskinvestering.

Andra omständigheter

I propositionen till ABL framgår att bedömningen om en affärshändelse har affärsmässig karaktär ska göras efter andra omständigheter.¹⁶³ Vad dessa andra omständigheter skulle kunna vara är emellertid oklart. I andra aktiebolagsrättsliga kontexter definierar lagstiftaren vad andra omständigheter kan tänkas innebära. I samband med vinstutdelning ska bolaget ta hänsyn till övriga omständigheter, vilket enligt lagstiftaren kan innebära; typen av verksamhet, konjunktursvängningar och framtida investeringsbehov.¹⁶⁴ Konjunktursvängningar och framtida investeringbehov har ringa betydelse i diskussionen om förtäckta värdeöverföringar. Vilken typ av verksamhet som bolaget bedriver blir i samband med att en bedömning om huruvida värdeöverföring är att betrakta som förtäckt eller inte och då även en del av dessa övriga omständigheter som ska vägas in i bedömningen.

Som tidigare konstaterat anser lagstiftaren att bedömningen ska ha sin utgångspunkt i första hand objektivt observerbara omständigheter.¹⁶⁵ Men som en konsekvens av valet att även inkludera andra omständigheter i kombination med uttalandet att ”frågan i första hand bör avgöras utifrån objektivt iakttagbara kriterier”¹⁶⁶, lämnar lagstiftaren upp för att även inkludera subjektiva inslag i bedömningen. Detta trots att huvudregeln är att objektiva faktorer ska ligga till grund för den aktuella bedömningen. Därutöver öppnar lagstiftaren upp för att en bedömning också kan

¹⁶¹ Andersson (2020) s.150–151.

¹⁶² Nerep, Samuelsson & Adestam, 17 kap. 1 §, avsnitt 2.5.3 (2021).

¹⁶³ Prop. 2004/05:85 s.371.

¹⁶⁴ Prop. 2004/05:85 s. 376.

¹⁶⁵ Prop. 2004/05:85 s. 370–371.

¹⁶⁶ Prop. 2004/05:85 s. 372.

kompletteras med subjektiva inslag i och med deras val att även inkludera andra omständigheter.¹⁶⁷ Det står emellertid inte helt klart av förarbetena huruvida dessa andra omständigheter inkluderar subjektiva kriterier eller ej, utan detta har lämnats för praxis att utveckla.¹⁶⁸ I Nja 2021 s. 388 använder HD såväl objektiv som subjektiva kriterier som grund i sin bedömning.

3.4.6 Närmare om de subjektiva kriterierna

Att bedömningen tar sin utgångspunkt i vilka motiv som bolagsrepresentanten hade med den aktuella transaktionen anser aktiebolagskommittén vara en central del i den bedömning som görs gällande en transaktions affärsmässighet.¹⁶⁹ I doktrin har detta sedermera kommit att benämnas som en subjektiv bedömningsmodell.¹⁷⁰ Andersson påpekar att vilket syfte som bolaget haft med en transaktion snarare ska ses som ett tilläggsrekvisit.¹⁷¹ Regeringen lämnar i propositionen till ABL en ventil att i bedömningen även beakta andra omständigheter¹⁷², men vad dessa omständigheter inkluderar har för att avgöras av praxis.¹⁷³ I praxis återfinns NJA 2021 s. 388 där domstolen använder såväl objektiva som subjektiva kriterier som grund för sin bedömning. I detta fall framkommer därmed att HD anser att andra omständigheter även kan inkludera subjektiva kriterier.

3.4.7 Några sammanfattande kommentarer och min uppfattning

Som klarlagts i ovanstående avsnitt är lagstiftarens utgångspunkt den att en objektiv kriterier ska användas, trots att de inte helt stänger möjligheten att använda subjektiva rekvisit. Det borde också stå klart att de objektiva kriterierna har vissa tillkortakommanden. Andersson som tillsammans med lagstiftaren är den huvudsakliga förespråkaren av användandet av objektiva kriterier bygger stora delar av sitt resonemang på att det är svårt att påvisa avsikten som ett bolag har med en viss transaktion. Nerep har även vissa argument för att vid en bedömning använda objektiva kriterier, trots detta framför Nerep argument om att samtliga omständigheter i transaktionen måste tas i beaktning. Nerep har därmed en

¹⁶⁷ Prop. 2004/05:85 s. 371.

¹⁶⁸ Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁶⁹ SOU 2001:1 s. 355.

¹⁷⁰ Lehrberg (2012), Andersson (2020) s. 148–149.

¹⁷¹ Andersson (2020) s. 148–149.

¹⁷² Prop. 2004/05:85 s. 372.

¹⁷³ Prop. 2004/05 s. 372.

ståndpunkt som ligger förhållandevis nära lagstiftaren som både tydligt markerar att bedömningen om huruvida en värdeöverföring har skett ska ske med utgångspunkt i samtliga observerbara omständigheter, vilket kan vara både objektiva och subjektiva. Frågan huruvida bedömningen skulle ha sin utgångspunkt i objektiva eller subjektiva kriterier var inte lika utbredd när Nerep publicerade sin avhandling och som en konsekvens användes inte terminologin objektiva respektive subjektiva kriterier. Som en konsekvens av detta skrev inte Nerep uttryckligen om han anslöt sig till en objektiv eller subjektiv bedömning. Men resonemanget som Nerep för om att väga in samtliga omständigheter är enligt min mening helt i enlighet med de subjektiva kriterierna. Nereps argumentation är enligt min mening helt rimlig. Att enbart se till objektiva kriterier gör bedömningen, enligt mitt sätt att se på bedömningen, ytlig och i vissa fall ofullständig. Utöver Nerep uttrycker Lindskog liknande ståndpunkter gällande vilka omständigheter som ska stå i centrum för bedömningen. Lindskogs resonemang är inte fullt lika heltäckande utan konstaterar snarare att bedömningen blir mer heltäckande om samtliga omständigheter i transaktionen övervägs i samband med bedömningen.

På senare år har Lehrberg uttryckt stort stöd för de subjektiva kriterierna. Lehrberg delar Nerep och Lindskogs uttalanden om att samtliga omständigheter i transaktionen måste beaktas i bedömningen. Även om Lehrberg inte direkt argumenterar emot lagstiftaren i fråga om att använda objektiva kriterier så ifrågasätter han om det är klokt att begränsas sig till denna. Lehrbergs artikel i SvJT¹⁷⁴ har öppnat en, enligt mig, mycket nyttig diskussion inom doktrinen. Diskussionen grundar sig i om bedömningen kring huruvida en transaktion ska anses som affärsmässig eller ej ska grunda sig enbart på objektiv observerbara omständigheter eller blir bättre om den kompletteras med subjektiva inslag.

Andersson är den huvudsakliga förespråkaren i doktrin för användningen av objektiva kriterier. Anderssons resonemang bygger på två huvudsakliga argument: dels förespråkar lagstiftaren en objektiv bedömning, dels att det är enklare ur en bevissynpunkt att utgå från objektivt observerbara omständigheter. Enligt min mening är propositionen till ABL inte fullt så entydig som Andersson vill göra gällande. Även om lagstiftaren förespråkar att objektiva kriterier ska användas

¹⁷⁴ Lehrberg (2012).

lämnar lagstiftaren en ventil till att även använda från andra bedömningskriterier, något som Nerep, Lindskog, Lehrberg och Sandström alla påpekar. Dessutom har HD även använt sig av en subjektiva kriterierna i NJA 2021 s.388. Min uppfattning är däremot att subjektiva kriterier har goda möjligheter att tillsammans med de objektiva ligga till grund för en mer heltäckande och rättvis bedömning. Det andra argumentet som Andersson framför är att de objektiva kriterierna är mycket lättare att föra i bevisning. Så må vara fallet, men jag tycker att själva sakfrågan försvinner i en diskussion om bevisning, frågan måste vara i stället om bedömningen blir mer heltäckande vid införande av en kombination av både subjektiva och objektiva kriterier i samband med bedömningen. Hovrätten har i målet T 4805–11 prövat om det i den aktuella situationen varit möjligt att utgå från avsikten som bolaget i fråga hade med transaktionen. Hovrätten kom fram till att det inte var möjligt eftersom avsikten inte stod klar. Trots detta är det min mening att en sådan bedömning som hovrätten gjorde i T 4805–11 alltid ska göras för att pröva om det är möjligt att fastställa avsikten som bolagets haft med transaktionen. Om avsikten inte är klar är det enligt min mening fullt rimlig att utgå strikt från de objektiva kriterierna. I fall då syftet bakom transaktionen är möjlig att bevisa finns det utrymme att i bedömningen utgå i första hand utifrån de objektiva kriterierna men i andra hand utifrån de subjektiva.

Vidare är det min mening att det blir en mer nyanserad bedömning om det är möjligt att fastställa avsikten bakom transaktionen. Andersson har enligt min mening helt rätt i att det i vissa fall är svårt eller rent av omöjligt att föra i bevisning den aktuella avsikten i en specifik transaktion. Trots att det kan vara svårt att bevisa avsikten med transaktionen torde detta inte betyda att lagstiftaren aktivt ska undvika att ta med denna i bedömningen. Andersson är trots sin huvudsakliga ståndpunkt inte helt främmande för en subjektiva kriterium som en del i bedömningen. Andersson påpekar nämligen att omständigheterna i den aktuella situationen måste vägas in.¹⁷⁵

Den centrala frågan som jag menar är förhållandevis obehandlad i både förarbeten, doktrin och praxis är om det är möjligt att vid en bedömning hålla sig till enbart objektiva kriterier, utan att göra vissa subjektiva antaganden. Min mening är att även de objektiva kriterierna som lagstiftaren framhåller har subjektiva inslag. För

¹⁷⁵ Andersson (2020) s. 150.

att bestämma de objektiva kriterierna som lagstiftaren framhåller som det mest centrala, nämligen värdediskrepansens storlek krävs en värdering av tillgångarna som är en del av transaktionen i fråga. Även en värdering som i viss mån är objektiv bygger enligt min mening på subjektiva antaganden som leder fram till ett försök om att fastställa ett objektivt värde. Min tes är snarare att det är mycket sällsynt att helt objektivt fastställa något som en absolut sanning. Min uppfattning är snarare att kriterier som vi uppfattar som objektiva i själva verket bygger på subjektiva antaganden.

Vidare är det min uppfattning att om det står klart vilken avsikt som bolagsrepresentanten haft med en transaktion ter det sig för mig som främmande att man inte tar med det avvägandet i bedömningen. Om avsikten med transaktionen är otydlig och kanske till och med svår att föra i bevisning så finns det ingen anledning att förlita sig på en subjektiv bedömning. Men att avfärda en subjektiv bedömning innan det står klart om det är möjligt att bevisa avsikten med transaktionen försämrar enligt mig möjligheterna för att bedöma om en transaktion har affärsmässig karaktär.

Baserat på NJA 2021 s.388 verkar inte HD helt avfärdat subjektiva kriterier som en del i bedömningen. I rättsfallet använder sig nämligen HD i huvudsak av en subjektiv bedömning. I fallet finns det tydlig bevisning i form av ett e-postmeddelande, som tillsammans med objektivt observerbara kriterier, i detta fall möjligheten att ge en utdelning, står i centrum för bedömningen. Om en strikt objektiv bedömning hade tillämpats i det aktuella fallet är det enligt min mening troligt att HD hade kommit till slutsatsen att värdeöverföringen i fråga inte hade varit ett förskott på utdelning, utan snarare ett förbjudet penninglån till aktieägare. I fall då syftet och avsikten med transaktionen är tydlig finns det visst stöd i förarbeten, praxis och doktrin för att komplettera de objektiva kriterierna med subjektiva.

Min uppfattning är att lagstiftaren har en aning för snävt synsätt på huruvida en transaktion saknar affärsmässighet. Nereps, Lindskog, Lehrberg och Sandström påpekar alla att det kan finnas anledning att även väga in subjektiva inslag i bedömningen. Om man vid en bedömning ser förbi varför transaktionen görs riskerar lagstiftaren att bedöma den aktuella situationen helt fel. Andersson påpekar

att det finns uppenbara utmaningar med att bevisa vad uppsåtet med en specifik transaktion är, ett påpekande som är helt korrekt i min mening. Trots att det finns svårigheter med att fastställa avsikten med en transaktion betyder inte detta enligt mig att det är en aspekt som inte ska utredas. Frågan om det är möjligt att bevisa avsikten med en specifik transaktion anser inte jag ska vara avgörandet för huruvida subjektiva rekvisit ska eller inte ska användas som en del i bedömningen. Fördelarna med användandet av subjektiva rekvisit är att de tar hänsyn till den unika transaktionen. Att aktivt välja bort de subjektiva kriterierna från bedömningen framstår främmande för mig. Min mening är att i stället för att låta objektiva kriterier ensamt utgöra grunden för bedömningen, kan man i de fall då syftet bakom transaktionen är klar, även utgå från subjektiva kriterier. På detta sätt ger lagstiftaren sig en nödvändig flexibilitet samtidigt som företag kan känna sig trygga i att deras avsikter med transaktionen tas med i bedömningen.

Efter det att man läst både propositionen och analyserat Anderssons resonemang aktualiseras frågan: om syftet bakom en transaktion är klart, varför ska man bortse från denna mycket viktiga information i bedömningen? Om det finns möjlighet att klarlägga syftet med en specifik transaktion är det främmande för mig att helt bortse från subjektiva inslag. En ståndpunkt som HD verkar dela i och med att de använt just subjektiva kriterier i NJA 2021 s. 388.

Genom NJA 2021 s. 388 fastställer HD att subjektiva rekvisit kan användas i bedömningen om en värdeöverföring har skett eller ej. Därutöver lämnar dessutom lagstiftaren en ventil i propositionen som gör det möjligt att även utgå från andra omständigheter, som i ovan nämnt rättsfall varit just subjektiva kriterier. Min slutsats blir därmed att det är fullt tillåtet att använda både objektiva och subjektiva kriterier, men att i första hand ska bedömningen ha sin utgångspunkt i objektivt observerbara omständigheter.¹⁷⁶ Däremot inser jag de subjektiva kriteriernas begränsningar i att det inte alltid går att styrka vilken avsikt som ett företag haft med en specifik transaktion. Därmed är det enligt mig att föredra att i fall där syftet bakom en transaktion är klar, kunna komplettera de objektiva kriterierna med subjektiva i syfte att få en mer nyanserad och heltäckande bedömning.

¹⁷⁶ Prop. 2004/05:85 s. 372.

3.5 Rekvisitens tillämpning på några typfall

I följande tre delavsnitt kommer en förtäckt värdeöverföring att exemplifieras med hjälp av tre typfall. De fall som kommer att användas är: försäljning av bolagets tillgångar till underpris, tredjemanspant och borgensåtagande samt slutligen arvode och lön till aktieägare. Försäljning av bolagets tillgångar till underpris har valts för att illustrera vikten av mottagarens relation till bolaget. Typfallet har också valts för att visa att avsikten som bolaget hade med transaktionen kan ha en avgörande betydelse för om transaktionen är att betrakta som en förtäckt värdeöverföring eller ej. Typfallet tredjemanspant och borgen valdes för att illustrera att bedömningen av transaktionens affärsmässighet bygger mycket på transaktionens karaktär och mottagarens relation till bolaget. Slutligen diskuteras arvode och lön till aktieägare, även i detta typfall kan det vara svårt att värdera prestationerna i transaktionen. I samtliga fall har jag i första hand valt att följa det regeringen förespråkar i propositionen till ABL, nämligen att i första hand utgå från objektiva kriterier.¹⁷⁷ I fallen nedan kommer även vissa subjektiva kriterier att lyftas fram för att komplettera de objektiva kriterierna.

3.5.1 Försäljning av bolagets tillgångar till underpris

Ett typfall för en förtäckt värdeöverföring är när bolaget överlåter egendom till aktieägare eller annan till underpris. En förutsättning för att transaktionen ska vara en värdeöverföring är att det är fråga om en annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och saknar affärsmässig karaktär. I fråga om en försäljning av bolagets tillgångar är att betrakta som en affärshändelse bör stå klar eftersom en försäljning av bolagets tillgångar påverkar sammansättningen av bolagets tillgångar.¹⁷⁸ De två resterande rekvisiten gällande förmögenhetsminskning och affärsmässig karaktär kan bli föremål för diskussion.

I samband med att man bedömer om det har skett en förmögenhetsminskning i bolaget så finns det stor anledning att försöka värdera de prestationer som parterna utför i transaktionen. Här bör det stå klart att värderingen ska ha sin utgångspunkt i det marknadsvärde som tillgången har.¹⁷⁹ Det bokföringstekniska värdet av en

¹⁷⁷ Prop. 2004/05:85 s.372.

¹⁷⁸ Prop. 2004/05:85 s.747, Andersson (2020) s. 103.

¹⁷⁹ Lehrberg (2012) s. 547, Andersson (2020) 141.

specifik tillgång är alltså inte av intresse i bedömningen.¹⁸⁰ För att mäta om en förmögenhetsminskning har skett måste tillgångarna värderas. Om tillgången är av samma karaktär som bolaget i normala fall säljer i sin verksamhet bör priset uppgå till samma pris som bolaget vanligtvis säljer produkterna för. Mer komplicerat blir situationen när bolaget avyttrar tillgångar som vanligtvis inte säljs i verksamheten. Ett exempel på en sådan tillgång kan vara en begagnad bil eller elektronik. Priset som man då ska utgå ifrån är det så kallade marknadsvärdet vilket görs med hjälp av cirkaprislistor. Man kan även få tillgången i fråga värderad av en fristående värderingsman.¹⁸¹ Att använda värderingsmän för dessa typer av transaktioner finns det däremot inget stöd för i svensk rätt men stärker såklart argumentationen om att en specifik tillgång betingar det av värderingsmännen fastställda värdet.¹⁸² Slutligen finns det belägg för att i samband med värdering av sådana tillgångar som bolag lämnar ifrån sig ska dessa värderingar ske med försiktighet.¹⁸³ Med försiktighet menar Andersson att många tillgångar kan ges ett värde i ett spann. Tillgångens värde ska ges det värde som aktieägaren som lägst hade kunnat förvärva tillgången från en annan marknadsaktör.¹⁸⁴

En annan viktig aspekt som Andersson påpekar är i samband med att företag avyttrar tillgångar som är av stor vikt för deras löpande produktion. Denna typ av tillgångar betingar inte samma värde som en ny identisk tillgång vilket innebär att bolaget sällan kan ersätta den aktuella tillgången för vad de säljer denna för. Andersson menar att bolaget genom försäljningen inte ska sättas i en sämre ekonomisk position än vad de gjorde innan transaktionen. På detta sätt menar Andersson att aktieägare och borgenärer får ett adekvat skydd.¹⁸⁵

Enligt min mening är det mycket svårt att på ett objektivt sätt fastställa ett allmänt accepterat marknadsvärde. Min uppfattning är att alla värderingar bygger på subjektiva antaganden. Baserat på hur bra eller hur rimliga samlingen av dessa subjektiva antaganden är kommer detta ge uttryck för en mer eller mindre allmänt

¹⁸⁰ Lehrberg (2012) s. 547.

¹⁸¹ Andersson (2020) s. 152.

¹⁸² Andersson (2020) s. 153.

¹⁸³ Andersson (2020) s. 153, Andersson (1995) s. 434–437.

¹⁸⁴ Andersson (1995) s. 437–438.

¹⁸⁵ Andersson (1995) s. 438.

accepterad objektiv värdering. Slutsatsen är därmed att objektiva värderingar bygger på bra subjektiva antaganden.

En central del i samband med avyttrande av tillgångar är relationen som medkontrahenten har till bolaget. Som diskuterat ovan finns det uppenbara risker med att aktieägare som säljer tillgångar till sig själva eller till dom närstående för att berika sig privat på bolagets bekostnad. Trots detta menar Andersson att omsättningsskyddet och aktieägares rätt att göra goda affärer med bolaget som de äger kan prioriteras före skyddsreglerna för borgenärer och minoritetsägare.¹⁸⁶

Min uppfattning är att i fråga om överlåtelse till underpris måste, precis som föreslås av lagstiftaren,¹⁸⁷ värdediskrepansens storlek stå i centrum för bedömningen. Den tillåtna diskrepansen bör dessutom vara lägre i fråga om närståendetransaktioner på grund av de uppenbara intressekonflikterna som återfinns i närståendetransaktioner. Detta går att ställa i relation till en försäljning till underpris till någon helt utomstående bolaget. En transaktion där medkontrahenten helt saknar relation till bolaget och deras representanter borde medföra att den tillåtna värdediskrepansen vara större jämfört med om det är fråga om en aktieägare som gör affär med bolaget. I fallet T 3684–11 är det dessutom just värdediskrepansens storlek som domstolen väljer att fästa vikt vid. Enligt min mening är just storleken på värdediskrepansen en bra utgångspunkt i bedömningen i de fall då syftet bakom transaktionen är oklart. Vad som även stod i centrum för domstolens bedömning i T 3684 – 11 var mottagarens relation till bolaget. Som tidigare diskuterat är det min mening att mottagarens relation till bolaget och värdediskrepansens storlek samspelar. Det är min mening att relationen som mottagaren har till bolaget påverkar den värdediskrepansen som kan vara acceptabel i transaktionen. Om det, likt fall i T 3684 – 11, är en mycket nära relation torde den tillåtna diskrepansen var mindre än om relation är mer avlägsen.

NJA 2021 s.388 visar däremot att avsikten med den aktuella transaktionen kan få en mycket avgörande betydelse vid bedömningen av försäljning av bolagets tillgångar till underpris. Om avsikten är att berika sig själv på bolaget bekostnad är

¹⁸⁶ Andersson (1995) s. 406–407.

¹⁸⁷ Prop. 2004/05:85 s. 372.

transaktioner att se som en förtäckt värdeöverföring. I NJA 2021 s.388 fungerade de subjektiva rekvisiten i den aktuella situationen som komplement till de objektiva. Trots att lagstiftaren i första hand förespråkar att bedömningen gör med utgångspunkt i objektivt observerbara omständigheter verkar det baserat på NJA 2021 s. 388 möjligt att komplettera de objektiva kriterierna med subjektiva kriterier. Min uppfattning är att i de fall då det är möjligt att bevisa avsikten som bolaget har med en aktuell transaktion så ska även denna vara en del av bedömningen. En bedömning som kompletteras av subjektiva kriterier tycks även vara möjligt i och med NJA 2021 s.388 där HD använde sig av just subjektiva kriterier.

3.5.2 Tredjemanspant och borgen

Att ett bolag pantsätter tillgångar för att en annan juridisk eller fysisk person ska kunna få ett lån eller att bolaget går i borgen för krediten kan i vissa fall anses vara en förtäckt värdeöverföring.¹⁸⁸ För att transaktionen ska anses vara en värdeöverföring i lagens mening krävs att det är betraktas som en affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och saknar affärsmässig karaktär. I fallet tredjemanspant och borgensåtagande är det fråga om en affärshändelse eftersom begreppet har fått en så vidsträckt betydelse som alla typer av händelser i bolaget.¹⁸⁹ De resterande två rekvisiten är däremot mycket svårare att avgöra om de är uppfyllda. Detta grundar sig i att inget faktiskt värde förflyttas från bolaget vid tillfället för pantsättningen eller borgensåtagandet. Trots att ett värde inte direkt förs över från bolaget till aktieägare eller annan så representerar pantsättningen eller borgensåtagandet ett faktiskt värde. Värdet som sådant är svårt bestämma och bli enbart tydligt i händelse av att de som tagit krediten misslyckas med att betala denna.¹⁹⁰ Andersson menar att en tredjemanspant eller ett borgensåtagande som saknar affärsmässig karaktär ska anses utgöra en förtäckt värdeöverföring. Värdeöverföringen består inte av likvider eller tillgångar som försvinner, utan risken som bolaget i fråga åtar sig. Denna risk betingar enligt Andersson ett värde.¹⁹¹

¹⁸⁸ Andersson (2020) s. 157.

¹⁸⁹ Lehrberg (2012) s. 538.

¹⁹⁰ Andersson (2020) s. 157.

¹⁹¹ Andersson (2020) s. 157.

Problematiken med tredjemanspant och borgensåtagande i förhållande till värdeöverföringsbegreppet är enligt min mening att bestämma värdet på tillgångarna som förflyttas. Det faktum att värdediskrepansen mellan prestationerna ska vara värderas defensivt gör bedömningen i min mening svårare att genomföra.¹⁹² Att ett borgensåtagande eller tredjemanspant representerar ett värde står i mitt tycke klart. Hur värderingen av borgensåtagandet eller tredjemanspanten ska göras är emellertid oklart. Här kan man enligt mig utgå från två olika utgångspunkter; den första av dessa är att man tar utgångspunkt i värdet på krediten som företaget i fråga har gått i borgen för eller värdet av den tillgången som bolaget pantsatt. Den andra utgångspunkten grundar sig i att försöka sätta ett värde på tjänsten (borgensåtagandet eller pantsättningen) som bolaget tillhandahåller. Hur denna värdering skulle gå till är emellertid väldigt osäkert. Enligt min mening är det andra alternativet ett mycket bättre alternativ för att bestämma som mer representerar någon form av marknadsvärde. Detta grundar sig i att värdeöverföringen som sådan inte utgör hela beloppet som utgör borgensåtagandet. Värdet på transaktionen ska enligt min mening snarare ta utgångspunkt i den risk som bolaget i fråga åtar sig genom borgensåtagandet eller tredjemanspanten.

I fall som rör borgensåtagande och tredjemanspant är min ståndpunkt att ta utgångspunkt i om borgensåtagandet eller tredjemanspanten är affärsmässigt motiverad. Om det går att ifrågasätta bolagets borgensåtagande eller en tredjemanspant utifrån om åtagande främjar syftet att tillhandahålla vinst för aktieägarna, ligger det enligt mig nära till hands att tredjemanspanten eller borgensåtagandet saknar affärsmässig karaktär. Vad som också får avgörande betydelse för om borgensåtagandet eller tredjemanspanten ska anses ha affärsmässig karaktär är relationen som kredittagaren har med bolaget i fråga. Borgensåtaganden eller utställandet av pant till aktieägare ter sig enligt mig ytterst sällan som affärsmässiga. Medan borgensåtagande och tredjemanspant teoretiskt sätt kan vara av affärsmässig karaktär till underleverantörer enligt exemplet i avsnitt 3.4.4.¹⁹³ Relationen till bolaget torde därmed stå i centrum vid bedömning om ett borgensåtagande eller tredjemanspant har affärsmässig karaktär.

¹⁹² Prop. 2004/05:85 s. 747

¹⁹³ Se s. 40.

3.5.3 Arvode och lön till aktieägare eller annan

Oskäligen arvode till styrelseledamöter uppmärksammades redan i 1910 års aktiebolagslag. Här framkommer det att styrelseledamöter kunde berika sig själva i egenskap av aktieägare på bolagets bekostnad. Ett för högt arvode kunde i vissa fall prövas av domstolen som i sin tur kunde jämka det aktuella arvodet. Andersson påpekar att i 1975 års lag återfinns ett liknande skydd, nämligen att arvode till styrelseledamöter kan bli föremål för domstolsprövning.¹⁹⁴ Andersson påpekar däremot att det är oklart om det finns ett väsentlighetskrav, att prestationen som styrelseledamöten ger bolaget uppenbarligen inte står i proportion till arvodet som bolaget betalar ut.¹⁹⁵ Ett visst stöd för ett sådant krav återfinns i tidig rättspraxis på området.¹⁹⁶ Det är viktigt att poängtera att prejudikatvärdet av NJA 1920 s. 231 är något begränsat på grund av dess ålder.¹⁹⁷

För att ett arvode eller lön till aktieägare eller annan ska räknas som en värdeöverföring krävs att de tre rekvisiten är uppfyllda; det ska vara fråga om en affärshändelse, som medför att företagets förmögenhet minskar och saknar affärsmässig karaktär. Att arvode och lön till aktieägare eller annan är en affärshändelse torde stå klar på grund av den breda tillämpningen som av begreppet affärshändelse. Frågan om de två återstående rekvisiten är uppfyllda är däremot oklart och kommer därför att stå i centrum för kommande avsnitt.

För affärshändelse ska betraktas som en värdeöverföring krävs att bolagets förmögenhet minskar. Författarens reflektion över arvoden till styrelseledamöter är i de fallen då ett bolag vill att en specifik näringslivsprofil ska sitta i styrelsen. Inte nödvändigtvis för att denne person är mest lämpad eller mest kompetent, utan snarare för att dennes namn kan locka investeringar, öppna dörrar och väcka uppmärksamhet. På grund av de fördelar som en näringslivsprofil kan medföra bolaget blir det mycket svårt att värdera prestationen. En sådan person måste inte nödvändigtvis lägga ner mängder med tid i styrelsearbetet, utan det faktum att personen i fråga går med i styrelsen och påtar sig den risken som är förknippad med det arbetet så bidrar personen med ett värde som är svår att värdera. Vad som i ett

¹⁹⁴ Andersson (1995) s. 476.

¹⁹⁵ Andersson (1995) s. 477.

¹⁹⁶ Se NJA 1920 s. 231 (se näst sista stycket).

¹⁹⁷ Andersson (1995) s. 477.

sådant fall ”uppenbarligen [...] överskrider en normal eller rimlig nivå på arvudet”¹⁹⁸ är otroligt godtyckligt och måste enligt mig bedömas från fall till fall. Vid en bedömnings om huruvida ett arvode ska anses som marknadsmässigt eller inte är det min mening utgångspunkten tas i mottagarens relation till bolaget. Som styrelseledamot är det ofrånkomligt att ha en god relation till det bolaget som man representerar. Relationen mellan mottagare och det aktuella bolaget blir mer intressant i kontexten fåmansaktiebolag. Vid ett sådan tillfällen finns det anledning att se över ersättningen som styrelseledamöter får eftersom det sällan finns personer som kan ifrågasätta ersättningen.

Gällande lön till verkställande direktör regleras denna frågeställning av ett vanligt avtal som ytterst bestäms av styrelsen.¹⁹⁹ Skulle den verkställande direktören dessutom vara aktieägare kan denne ha inflytande över sin egen lön och därmed har möjlighet att berika sig själv på bolagets bekostnad.²⁰⁰ Att tydligt dra gränsen för när lön till verkställande direktör uppenbarligen överskrider det som är normalt kan vara svårt att fastställa.²⁰¹ Problematiken med att jämföra löner mellan olika verkställande direktörer är enligt min mening att det inte finns en standardiserad arbetsprocess för verkställande direktörer. Arbetsuppgifter och ansvarsområdet skiljer sig från bolag till bolag. Att då försöka hitta vägledning i vad som är normalt kan enligt min mening vara utmanande.

Därför anser jag att det blir svårt att fästa bedömningen vid vilken relation som personen i fråga har med bolaget. Detta på grund av att relationen som en aktieägare eller annan har med bolaget i fråga är god. Att ha en god relation till din arbetsgivare alternativt bolaget som du äger anser jag är en fullt naturlig del av det uppdrag man har, både som aktieägare och arbetstagare. Relationen mellan bolaget och bolagsrepresentanten är alltså uppenbar. Frågan blir därmed vad som ska stå i centrum vid bedömning om arvode och lön till aktieägare och annan. Det som återstår att ta hänsyn till är andra omständigheter som återfinns i propositionen till ABL.²⁰² Som tidigare avhandlats är dessa omständigheter inte tydligt avgränsade

¹⁹⁸ Andersson (1995) s. 477.

¹⁹⁹ Andersson (1995) s. 477.

²⁰⁰ Andersson (1995) s. 477.

²⁰¹ Andersson (1995) s. 477.

²⁰² Prop. 2004/05:85 s. 371.

och det kan tänka sig att sådana omständigheter kan ha subjektiva inslag. Dessa subjektiva inslag kan vara avgörande i samband med bedömningen om lönen och arvodets affärsmässiga karaktär.

3.5.4 Några kommentarer gällande typfallen

Gällande samtliga typfallen kan ett par slutsatser dras. Värderingen som står i centrum för värdediskrepansens storlek är i samtliga tre typfallen mycket central. Värdet på en prestation är, som ovan diskuterat, olika svårt att fastställa. Trots detta representerar samtliga prestationer i typfallen ovan någon form av värde. Min mening är att det är mycket svårt att objektivt fastställa ett marknadsvärde. Ett objektivt marknadsvärde bygger på en samling av subjektiva antaganden. Vidare läggs stor vikt vid mottagarens relation till bolaget, där den tillåtna värdediskrepansen är lägre vid nära relationer mellan det aktuella bolaget och mottagaren. Det sista av de objektivt observerbara kriterierna som är av stor vikt i samband med bedömningen är transaktionens karaktär, om transaktionen utgör en del av den vardagliga verksamheten är det både enklare att värdera prestationen och motivera dess affärsmässighet.

Slutligen kan även konstateras att vilka motiv som en bolagsrepresentant haft med en transaktion kan komplettera de ovan nämnda objektiva kriterierna. Om syftet med en transaktion är tydligt finns det inget hinder för en domstol att komplettera de tre objektivt observerbara kriterierna med subjektiva kriterier.

4. Sammanfattning och slutsatser

Denna uppsats har redogjort för begreppet värdeöverföring med särskilt fokus på förtäckta värdeöverföringar. För att avgöra om en förtäckt värdeöverföring har skett kan både objektiva och subjektiva kriterier användas. Lagstiftaren ansluter sig till en bedömning som tar utgångspunkt i objektiva kriterier. Vad som är intressant är att lagstiftaren inte helt utesluter användandet av subjektiva kriterier. Trots detta får de subjektiva kriterierna anses vara underordnade de objektiva.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att de tre rekvisiten som uppställs i 17 kap. 1 § 4p. ABL är mer eller mindre svåra att bedöma. Av det som framkommit ovan står det klart formuleringen ”en annan affärshändelse” tar sikte på affärshändelser som inte täcks av 17 kap. 1 § 1-3p. ABL. Den lexikala betydelsen av en annan affärshändelse ger intrycket av att begreppet är just så brett så det täcker in samtliga tänkbara situationer som lagstiftaren kan ställas emot, vilket ger lagstiftaren en nödvändig flexibilitet. Problematiken som terminologin medför grundar sig i samma omständigheter som gör densamma bra. Som en konsekvens av terminologins breda tillämpningsområde riskerar begreppet att bli otydligt. Propositionen till ABL saknar definition av vad terminologin kan tänkas innebära. Därutöver blir det även oklart för marknadsaktörer vad som anses vara en annan affärshändelse. Min reflektion är även att många marknadsaktörer som saknar juridisk utbildning förknippar affärshändelse med bolagets redovisning, vilket som konstaterats ovan, inte är fallet. Min slutsats av detta är att näringslivet kan förvånas av den breda tillämpningen som terminologin annan affärshändelse kan tänkas ha.

Det andra rekvisitet för en förtäckt värdeöverföring är förmögenhetsminskning. För att en bedöma om en förmögenhet minskar finns det uppenbara problem med att värdera tillgångarna som byter hand i den aktuella transaktionen. Att utgå från redovisningen i det aktuella bolaget kan enligt vissa ligga nära till hands, men min reflektion är att redovisningen i vissa fall är missvisande. Värdering av tillgångar kan delas upp i två olika kategorier; dels värdet som en tillgång har i

balansräkningen, dels det värdet som tillgången betingar på marknaden. Att värderingen ska utgå från marknadsvärdet borde i min mening stå klart. En fråga som då aktualiseras är; vad är marknadsvärde? Marknadsvärde enligt mitt sätt att se på saken är det som marknaden kollektivt bestämmer att tillgången är värd. Att låta domstolen värdera tillgångarna i transaktionen är nödvändigt, men kommer inte utan problem. Att tro att domstolen besitter samma kunskap och marknadsöverblick som en fungerande marknad är enligt mig aningen naivt. Värdering av tillgångar bygger enligt mig på en rad antaganden, därav kommer två olika värderingar av samma tillgång att bestämmas till två olika värden beroende på vilka antagande som respektive värdering bygger på. Det faktum att lagstiftaren tar sikte på defensiva värderingar²⁰³ är enligt mig ett helt korrekt tillvägagångssätt för att bestämma en tillgångs värde i detta sammanhang.

Det sista rekvisitet för att en förtäckt värdeöverföring ska föreligga är att tillgången saknar affärsmässig karaktär. Rekvisitetet har varit föremål för stor diskussion inom doktrin, där det också föreslagits en rad olika metoder för att avgöra om en transaktion är affärsmässig eller ej. Genom typexemplen i avsnitt 3.5 är min slutsats att användandet av objektiva eller subjektiva kriterier i bedömningen om en transaktion ska anses vara affärsmässig eller ej lämpar sig olika bra i olika sammanhang. Lagstiftarens tydliga ambition av att i bedömningen utgå från i första hand objektiva kriterier är att föredra vid försäljning av bolagets tillgångar till underpris, men lämpar sig betydligt sämre vid tredjemanspant och borgensåtagande. Vid just tredjemanspant och borgensåtagande är det centralt att se till den aktuella situationen och varför bolaget valt att göra den aktuella transaktionen. Den subjektiva kriterierna bör enligt mitt tycke lämpa sig bättre i en sådan situation.

För att besvara studiens frågeställning om ”När föreligger en förtäckt värdeöverföring enligt 17 kap. 1§ 1st. 4p. ABL?” har de tre ovan nämnda kriterierna analyserats genomgående under uppsatsen. Svaret på uppsatsens frågeställning är att gällande rätt enligt lagstiftaren är att i första hand göra bedömningen utifrån objektiva kriterier. I propositionen lämnas en ventil till att även utgå ifrån andra

²⁰³ Prop. 2004/05:85 s. 747.

omständigheter, där dessa omständigheter lämnas till praxis för att utvecklas. Vad som är intressant är att i NJA 2021 s. 388 använder HD både objektiva och subjektiva kriterier som underlag för sin bedömning. Uppsatsen har även visat att många rättsvetare anser att samtliga omständigheter i den aktuella transaktionen måste vägas in i bedömningen, även de subjektiva kriterierna.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Utredningsbetänkande:

SOU 1971:15 Regeringens proposition med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.

SOU 1997:168 Vinstutdelning i aktiebolag.

SOU 2001:1, Ny aktiebolagslag.

Propositioner:

Prop. 1895:6, Kongl. Maj:ts Nåd. Proposition N:o 6.

Prop. 1944:5 Kungl. Majlis proposition nr 5

Prop. 1975:103, Regeringsproposition med förslag till ny aktiebolagslag, med mera.

Prop. 2004/05:85, Ny aktiebolagslag.

Litteratur

Andersson, Jan., *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 7 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm (2020).

Andersson, Jan, *Om vinstutdelning i aktiebolag, En studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler*, uppl 1, Jan Andersson och Iustus Förlag AB, Uppsala (1995).

Bergström, Clas & Samuelsson, Per. *Aktiebolagets grundproblem*, 6 uppl., Stockholm: (2021).

Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm: (2002).

Fagerberg Kerstin, Lagerstedt Anders, Löfgren Kent, Svensson Bo, Österman Persson Roger, *Personligt ansvar vid likvidaktionsplikt, värdeöverföringar, företrädaransvar samt skattefrågor vid obestånd*, uppl. 5, Författarna och Nordstedts juridik, Vällingby (2012).

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida. (red.) *EU-rättslig metod*. 2:6. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2011.

Kleinman, Jan, Rättsdogmatisk metod i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2:1, Studentlitteratur AB, Lund, 2018.

Lehrberg, Bert, *Aktiebolagsrätt*, 1 uppl, Författaren och Iuste., Uppsala (2016).

Lindskog, Stefan, *Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. Kapitalskyddet och likvidation*, Uppl 2, Stenfan Lindskog och Fritzens Förlag, Stockholm, (1995).

Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättslig. Ett tvärsnitt av nyckelfrågor*, Erik Nerep och Stiftelsen MercurIUS, Visby, (2003).

Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet*, Erik Nerep och Juristförlaget, Stockholm (1994).

Sandgren, Claes. Rättsventenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation. Tredje upplagan. Stockholm, Norstedt Juridik AB, 2015

Sandström, Torsten. *Svensk Aktiebolagsrätt*, Norstedts Juridik, 7 uppl., Stockholm (2020).

Stattin, Daniel, *Aktiebolagets funktion*, uppl. 1, Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala (2021).

Svernlöv, Carl, *Aktiebolagslagen En översikt*, uppl. 1, Författaren och Nordstedts juridik, Stockholm (2014).

Artiklar:

Andersson, Jan., ABL och värdeöverföringar – en replik, s. 72–91, i SvJT 2014.

Andersson, J. (2016a–17). Olovlig värdeöverföring och koncernbidrag i HD – mekanisk juridisk verkstad eller rättspolitisk designbyrå? JT 2016–17 s. 124–136

Lehrberg, Bert., *Begreppet förtäckt värdeöverföring — Särskilt om rekvisitet "rent affärsmässig karaktär för bolaget"*, s. 537–575, i SvJT 2012.

Lehrberg, Bert., *Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring*, s. 449–492, i SvJT 2013.

Elektroniska källor:

Samuelsson P, Nerep E, Adestam J. *Aktiebolagslagen. En kommentar* (Lexino). Band IV. Stockholm: Karnov Group, (2021). Tillgänglig på: <https://juno-nj-se.ludwig.lub.lu.se/b/documents/3676003> (Hämtad: 2023-04-06)

Samuelsson, Aktiebolagslag (2005:551) 17 kap nr 1140, Karnov (Juno)
Tillgänglig på: https://juno-nj-se.ludwig.lub.lu.se/b/documents/531649?subTab=lexino&tab=annotations#SFS2005-0551_K17_P1 (Hämtad: 2023-04-12)

Rättsfallsförteckning

Sverige

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1920 s. 231

NJA 1995 s. 742

NJA 2015 s. 359

NJA 2021 s. 388

Hovrättspraxis

T 3684–11

T 4805–11