



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Alexander Paulson

Kapitalskydd som borgenärsskydd i aktiebolagsrätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin: HT 2023

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord	6
Förkortningar	7
1 Inledning	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Metod	9
1.4 Rättsekonomiskt perspektiv	11
1.5 Avgränsningar	13
1.6 Forskningsläge	14
1.7 Disposition	15
2 Den aktiebolagsrättsliga spelplanen och dess implikationer	17
2.1 Aktiebolaget – en kort introduktion	17
2.2 Intressekonflikten mellan aktieägare och borgenärer	18
2.3 Borgenärskollektivet – en homogen massa?	20
2.4 Kapitalskyddsreglerna – lagstiftarens konflikthantering	21
2.5 Avslutning	22
3 Borgenärsskyddet i aktiebolagslagen	23
3.1 Krav på minsta aktiekapital	23
3.1.1 Inledning	23
3.1.2 Aktiekapitalet – en historik	24
3.1.2.1 1848 - 1975 – ett kapitalkrav på uppgång	24
3.1.2.2 1995 - 2010 – ett kapitalkrav under förändring	25
3.1.2.3 2020 års sänkning – nu gällande kapitalkrav	26
3.1.3 Aktiekapitalet som borgenärsgarant – ”a losing proposition”?	27
3.2 Begränsningar i dispositionsfriheten av bolagets kapital	29
3.2.1 Inledning	29
3.2.2 Värdeöverföringar från bolaget – 17 kap. ABL	30
3.2.3 Något om 18-21 kap. ABL	31
3.2.4 Värdeöverföringar, dess begränsningar och borgenärsskydd	33
3.3 Tvångslikvidation	36
3.3.1 Inledning	36
3.3.2 Förfarandet då det föreligger skäl att anta kapitalbrist	37

3.3.3	Tvångslikvidation – att hjälpa eller stjälp borgensägare? .	39
3.3.4	SOU 2023:34 – startskottet för en kursförändring?	42
3.4	Avslutning	44
4	Kapitalskyddssystemets subjekt och objekt.....	45
4.1	I vilken utsträckning skyddar borgensägare sig själva?	45
4.1.1	Inledning	45
4.1.2	Frivilliga borgensägarers möjlighet till självskydd	45
4.1.3	Ofrivilliga borgensägarers oförmåga till självskydd	48
4.1.4	Borgensägarkollektivets mångfacetterade art och dess implikationer	49
4.2	Att konstruera ett aktiebolagsrättsligt borgensägarskydd	51
4.2.1	Kapitalskyddsreglerna.....	51
4.2.2	Reglering, självskydd och dess kostnader.....	54
4.2.3	Frågan om lagreglering eller självreglering	56
4.2.4	Kapitalskyddssystemet i ABL – dispositivt eller tvingande?	59
4.3	Kapitalskyddssystemets utformning.....	64
4.4	Avslutning	68
5	Sammanfattande slutsatser.....	69
	Källförteckning	72

Summary

The limited liability company is characterised by the shareholders' lack of personal liability. This also forms the basis of a conflict between the owners of the company and the creditors of the company, whose approaches and incentives for investments as well as risk-taking may diverge. The legal capital regime constitutes a core part of creditor protection under company law and can be considered as the legislator's way of dealing with this conflict. The regulation is based on the company's restricted equity and mainly consists of the minimum share capital requirement, value transfer restrictions and compulsory liquidation rules. In the light of the above, this paper aims to investigate how creditors are protected under company law as well as the need for such protection. Of great significance in this regard is the nature of the collective of creditors. A distinction can be made between voluntary and involuntary creditors based on whether there is, or could be, a contractual relationship with the company. An additional distinction can be made between adjusting and non-adjusting creditors, for which the creditor's ability to adapt its terms and conditions according to cost and risk is in the centre of the distinction.

Regarding how creditors are protected, it is concluded that creditors most likely cannot rely on the legal capital regime to provide protection in accordance with their needs. In particular, the minimum share capital requirement and rules regarding compulsory liquidation could on good grounds be criticised from a creditor protection perspective. In addition to this, many voluntary and adjusting creditors can to a high degree independently fulfill their need for protection, while involuntary and non-adjusting creditors lack such ability. A further conclusion is that the Swedish Companies Act provides the same protection to all creditors. Given the significant heterogeneity among companies as well as creditors, the legal capital regime could be considered a blunt instrument to achieve efficient and appropriate creditor protection.

As for the need for creditor protection under company law, it is concluded that involuntary and non-adjusting creditors are both most worthy of protection and most in need of protection. Many voluntary and adjusting creditors, however, can be assumed to self-regulate to the extent that the legal capital regime does not meet their needs of protection. In the absence of statutory regulation, considerable self-regulation would be required resulting in significant transaction costs. Statutory creditor protection is therefore likely preferable. Another finding is that discretionary creditor protection rules provide greater flexibility, while mandatory rules provide greater predictability and can be considered desirable particularly with regard to non-adjusting creditors. A further conclusion is that dynamic rules on a substantial economical basis is probably preferable to a regulation on a nominal basis, which could be said to characterise the protection of the restricted equity.

Sammanfattning

Kännetecknande för aktiebolagsformen är aktieägarnas avsaknad av personligt ansvar. Detta skapar även förutsättningar för en intressekonflikt mellan aktiebolagets ägare och dess borgenärer där synen på samt incitamenten till såväl investeringar som risktagande kan skilja sig åt. Kapitalskyddssystemet utgör en central del av det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet och kan betraktas som lagstiftarens sätt att hantera denna konflikt. Regleringen tar utgångspunkt i det bundna egna kapitalet och består i huvudsak av kravet på minsta aktiekapital, värdeöverföringsbegränsningar samt regler om tvångslikvidation vid kapitalbrist. Mot bakgrund av det föregående ämnar framställningen att utreda hur aktiebolagets borgenärer skyddas genom den aktiebolagsrättsliga regleringen samt hur behovet därav ser ut. Av stor relevans för detta är borgenärskollektivets närmare utformning. En kategorisering av aktiebolagets borgenärer kan göras avseende frivilliga respektive ofrivilliga borgenärer där åtskillnad görs utifrån huruvida det föreligger eller skulle kunna föreligga en kontraktuell relation med bolaget. Ytterligare en distinktion kan göras mellan anpassande och icke-anpassande borgenärer, för vilken borgenärens möjlighet att anpassa avtalsvillkoren utefter kostnad och risk står i centrum.

Avseende hur bolagets borgenärer skyddas dras slutsatsen att borgenärer sannolikt inte kan förlita sig på att kapitalskyddsregleringen tillgodoser deras skyddsbehov. Särskilt aktiekapitalet och kapitalbristreglerna kan på goda grunder kritiseras ur ett borgenärsskyddshänseende. Många frivilliga och anpassande borgenärer kan därutöver i hög grad tillgodose sina skyddsbehov avtalsvägen medan det för ofrivilliga och icke-anpassande borgenärer saknas motsvarande möjlighet. Ytterligare en slutsats är att aktiebolagslagen tillhandahåller samma skydd åt alla borgenärer. Kapitalskyddssystemet får mot bakgrund av den betydande heterogeniteten bland aktiebolag och borgenärer ses som något av ett trubbigt medel för ett effektivt och ändamålsenligt borgenärsskydd.

Gällande behovet av ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd dras slutsatsen att ofrivilliga och icke-anpassande borgenärer är såväl mest skyddsvärda som i störst behov av ett lagreglerat skydd. Frivilliga och anpassande borgenärer kan antas självreglera i den mån regleringen inte tillgodoser deras skyddsbehov. I avsaknad av lagreglering hade omfattande självreglering krävts med stora transaktionskostnader till följd och ett lagreglerat borgenärsskydd bör således vara att föredra. En annan slutsats är att ett dispositiv borgenärsskydd medför större flexibilitet samtidigt som ett tvingande sådant skapar större förutsägbarhet och främst kan anses önskvärt i relation till icke-anpassande borgenärer. Ytterligare en slutsats är att en dynamisk reglering på substantiell ekonomisk bas sannolikt är att föredra framför en reglering på nominell bas, där det sistnämnda kännetecknar skyddet av det bundna egna kapitalet.

Förord

Detta förord utgör slutet på såväl nio terminer på juristprogrammet som av den tid jag kunnat kalla mig student. De senaste åren hade antagligen inte varit möjliga, och definitivt inte särskilt roliga, utan de jag haft förmånen att dela dessa med. Några tack är därför på sin plats.

Tack till min familj för all uppmuntran och för att ni alltid finns där. Tack till Betty för allt stöd och för att du alltid tror på mig. Och tack till alla som jag lärt känna under min tid i Lund. Utan er hade studietiden inte varit densamma.

Slutligen vill jag även rikta ett tack till min handledare Niklas Selberg för din positivitet och intresseväckande diskussioner.

Lund den 2 januari 2024

Alexander Paulson

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
MBCA	Model Business Corporation Act
Prop.	Proposition
SAS	Samtliga aktieägares samtycke
SOU	Statens offentliga utredningar
UB	Utsökningsbalk (1981:774)
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Att aktieägare saknar personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser stadgas redan i aktiebolagslagens (2005:551) (ABL) inledande kapitel.¹ Samtliga skyldigheter och rättigheter i aktiebolaget är istället knutna till aktierna och innehavet av dessa.² För aktiebolagets ägare medför detta att risken begränsas till det kapital de tillfört bolaget medan vinstpotentialen i princip är obegränsad.³ För bolagets borgenärer resulterar detta samtidigt i att de inte kan rikta några krav gentemot aktieägarna utan är som utgångspunkt istället hänvisade till bolagets tillgångar.⁴ Denna motsättning medför en risk för en intressekonflikt vilken kan resultera i att skillnader uppstår mellan aktieägarnas och borgenärernas incitament till såväl risktagande som lönsamma investeringar.⁵ Med anledning av det föregående har det ansetts nödvändigt att tillhandahålla skydd åt borgenärer i den aktiebolagsrättsliga regleringen. I kärnan av detta borgenärsskydd står kapitalskyddsreglerna vilka består av kravet på minsta aktiekapital och regler om dess uppbyggnad, värdeöverföringsbegränsningar samt regler om tvångslikvidation vid kapitalbrist.⁶

Denna intressekonflikt och dess konsekvenser är på intet sätt unik för den svenska regleringen. I vilken grad lagstiftaren tillhandahåller ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd och regleringens närmare utformning skiljer sig emellertid åt mellan olika länder.⁷ För svenskt vidkommande vilar den borgenärsskyddsrettsliga tyngdpunkten på aktiekapitalet och skyddet för det bundna kapitalet.⁸ Utformningen och funktionen av de svenska kapitalskyddsreglerna har diskuterats i såväl lagstiftande som rättsvetenskapliga sammanhang. Diskussionen har pågått under lång tid och aktualiserats i samband med exempelvis det svenska unionsinträdet och omvärldsförändringar.⁹ I en utredning från juni 2023 föreslås ett avskaffande av reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist.¹⁰ Detta kan anses utgöra en kursförändring i lagstiftarens syn på kapitalskyddsreglernas utformning och även innebära visst gehör för delar av den kritik som riktats gentemot

¹ Jfr 1 kap. 3 § ABL.

² Bergström & Samuelsson, 2021, s. 38.

³ Sacklén, 1994, s. 136.

⁴ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 212.

⁵ För en beskrivning av dessa incitamentsrubbnings, se avsnitt 2.2.

⁶ Andersson, 2020, s. 11 ff.; För en fördjupning och nyansering av kapitalskyddsreglerna, se avsnitt 2.4.

⁷ Inom EU tillåter exempelvis en majoritet av medlemsstaterna ett aktiekapital på 1 euro eller inget aktiekapital i vissa aktiebolagsformer. Detta kan sättas i relation till det svenska kapitalkravet på 25 000 kr i privata bolag, se avsnitt 3.1.3.

⁸ Andersson, 2020, s. 11 ff.

⁹ Jfr exempelvis redogörelsen för aktiekapitalets storlek i avsnitt 3.1.

¹⁰ Jfr SOU 2023:34.

regleringen. I ljuset av detta blir det således relevant att åter ta ett grepp om det svenska kapitalskyddssystemet.

Variationsrikedomen inom kollektivet av borgenärer med anspråk gentemot aktiebolaget medför att borgenärskollektivet kan delas in i olika kategorier. En borgenär kan kategoriseras utefter såväl grunden för sitt borgenärskap som i vilken utsträckning borgenären kan anpassa sig utifrån den risk och kostnad som transaktionen med aktiebolaget är förenad med.¹¹ Borgenärskollektivets varierade art blir även relevant att sätta i relation till frågan om kapitalskyddssystemet och dess borgenärsskyddande funktion. Mot bakgrund av det föregående framkommer en för framställningen naturlig följdfråga: Vilket behov det finns av ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd?

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen har som syfte att beskriva och analysera det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Uppsatsen syftar även till att föra en diskussion och analys av behovet av ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd ur ett rättsekonomiskt perspektiv.

Mot bakgrund av ovanstående syften ämnar uppsatsen att besvara följande frågeställningar:

- Hur skyddas aktiebolagets borgenärer genom den svenska aktiebolagsrättsliga regleringen?
- Hur ser behovet av ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd ut ur ett rättsekonomiskt perspektiv?

1.3 Metod

Då uppsatsen syftar till att utreda och analysera det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet tillämpas en rättsdogmatisk metod. Vid en överblick av litteraturen kan åtskilliga definitioner och uppfattningar om rättsdogmatikens syfte och innehåll urskiljas.¹² En utgångspunkt för metoden kan dock sägas vara att utröna gällande rätt utifrån de vedertagna rättskällorna.¹³

Åsikterna avseende vad som utgör en rättskälla och deras inbördes auktoritet går isär. Peczenik menar exempelvis att lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler är sådana rättskällor som skall beaktas medan prejudikat och förarbeten bör beaktas. Slutligen finns en rad rättskällor som får beaktas, där han bland annat lyfter fram domar, myndighetsbeslut, rättsvetenskaplig litteratur och annat material med samband till lagstiftning

¹¹ Andersson, 2020, s. 67 f.

¹² Jfr Gunnarsson & Svensson, 2023, s. 102 f. och däri gjorda hänvisningar.

¹³ Sandgren, 2021, s. 51.

och praxis.¹⁴ Dahlman, å andra sidan, menar att en sådan uppdelning blir missvisande då samtliga rättskällor påbjuder handlingsskäl som ska följas förutsatt att tyngre vägande skäl inte talar emot. Vidare anser Dahlman att en rättskälla som *får*¹⁵ följas inte ger uttryck för någon auktoritet.¹⁶ Enligt min mening finns det visst fog för Dahlmans synsätt om att samtliga rättskällor påbjuder handlingsskäl. Dessa handlingsskäl får sedermera vägas gentemot eventuella motsägande handlingsskäl i andra rättskällor. För uppsatsens vidkommande genomförs utredningen med beaktande av samtliga relevanta rättskällor.

Förutom ovanstående diskussion om rättskällornas inbördes auktoritet är det också på sin plats att beröra rättsvetenskaplig litteratur, även kallat doktrin, och dess auktoritet som rättskälla. Enligt Ramberg indikerar de högsta domstolarnas återkommande hänvisningar till doktrin att den har en inverkan på domstolarna. Ramberg menar att författare av juridisk litteratur visserligen saknar formell legitimitet men poängterar på samma gång att de inte verkar under samma tidspress som exempelvis domstolar och lagstiftare.¹⁷ Även Lehrberg betonar forskarens möjlighet att ägna tid och resurser åt utvalda frågor.¹⁸ Kleineman menar att i avsaknad av formell auktoritet är det den inneboende logiken i doktrinen som är avgörande för dess värde som rättskälla. Han lyfter samtidigt fram doktrins särställning i egenskap av att göra normsystemet överskådligt och därigenom kunna identifiera dess brister. Lagstiftning och rättspraxis, med vissa undantag, saknar motsvarande möjlighet.¹⁹ Lehrberg anser att doktrin saknar auktoritativ betydelse och snarare bör anses utgöra ett tillskott till den juridiska diskussionen än en regelrätt rättskälla. Enligt hans mening bör doktrinen betydelse inte underskattas och likt Kleineman betonar Lehrberg att skälen för en uppfattning i doktrin är väsentliga för dess värde som rättskälla.²⁰

Det är således påkallat med viss försiktighet vid användandet av doktrin. Enligt min mening är det nödvändigt att vid varje tillfälle förhålla sig till vad som är avsett att utgöra en redogörelse för gällande rätt respektive en redogörelse för författarens uppfattning om vad rättsläget är eller borde vara. Detta förhållningssätt intas genomgående vid hantering och bearbetning av doktrin. Inte minst vid besvarandet av uppsatsens andra frågeställning ges doktrin en framskjuten ställning. Det intas härigenom ett kritiskt förhållningssätt till regleringen med beaktande av dess fördelar och brister, vilket ryms inom den rättsdogmatiska metoden.²¹ En kritisk rättsdogmatik kan anses tangera den vanligt förekommande distinktionen mellan hur

¹⁴ Peczenik, 1995, s. 35 f.

¹⁵ Min kursivering.

¹⁶ Dahlman, 2019, s. 67.

¹⁷ Ramberg, 2018, s. 72.

¹⁸ Lehrberg, 2022, s. 202.

¹⁹ Kleineman, 2018, s. 33 ff.

²⁰ Lehrberg, 2022, s. 203 f.

²¹ Hjertstedt, 2019, 167 ff; Kleineman, 2018, s. 35.

rättsläget är – de lege lata – och hur rättsläget bör vara – de lege ferenda.²² Åläggandet av ett kritiskt perspektiv i uppsatsen görs dock inte främst med avsikt att förespråka förändringar av rättsläget. Syftet är istället att möjliggöra en kritiskt utvärdering samt en analys av rättens utformning. Som ett led i detta används doktrin i syfte att bidra med synsätt och perspektiv på lagstiftningen.

1.4 Rättsekonomiskt perspektiv

I framställningen intas ett rättsekonomiskt perspektiv. Ett sådant perspektiv motiveras mot bakgrund av aktiebolagsrättens ekonomiska dimensioner. Eklund och Stattin identifierar flera underliggande ekonomiska ändamål med aktiebolagsrätten och i regel ägnar sig aktiebolag åt ekonomisk verksamhet i syfte att åstadkomma visst överskott. Med anledning därav finns det skäl att beakta såväl ekonomiska som juridiska aspekter av regleringen.²³

Rättsekonomi kan beskrivas som att tolka och analysera rätten från ett ekonomiskt perspektiv.²⁴ Det finns beröringspunkter mellan rättsekonomi och utilitarism. Detta lyfts av bland annat Posner som menar att rätten ur ett utilitaristiskt synsätt bedöms utifrån i vilken mån den främjar lycka medan rätten ur ett rättsekonomiskt perspektiv bedöms utifrån i vilken mån den främjar ekonomisk effektivitet eller välfärd.²⁵ Utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv görs således ett underliggande antagande om ekonomisk effektivitet som ett ändamål med regleringen. Ekonomisk effektivitet definieras i en rättsekonomisk kontext ofta utifrån termerna paretoeffektivitet och Kaldor Hicks-effektivitet. En transaktion eller reglering anses paretoeffektiv om åtminstone en person ökar sin välfärd utan att någon annan missgynnas. Kaldor Hicks-effektivitet tar istället sikte på huruvida den sammanlagda välfärden ökar. Bägge metoder kan kritiseras utifrån de svårigheter som är förenade med att kvantifiera resultaten i praktiken.²⁶

Kritik har även riktats mot antagandet om ekonomisk effektivitet som ändamål. Dworkin har exempelvis ställt sig frågande till huruvida ett samhälle med större välfärd skulle vara bättre än ett samhälle med mindre välfärd och ifrågasätter synen på välfärd som självändamål. Dworkin målar upp ett hypotetiskt scenario där en tyrann påtvingar två parter en transaktion. Även om den påtvingade transaktionen rättsekonomiskt kan anses medföra en ökning av välfärden anser han inte det vara självklart att samhället blivit bättre därigenom.²⁷

²² Hjertstedt, 2019, s. 167.

²³ Eklund & Stattin, 2021, s. 28 ff. & 37; Se även Andersson, 1995, s. 127 ff. som identifierar flertalet övergripande ekonomiska ändamål med ABL.

²⁴ Bastidas Venegas, 2018, s. 177; Dahlman m.fl., 2004, s. 212 ff.

²⁵ Posner, 1979, s. 104 f.

²⁶ Jfr Bastidas Venegas, 2018, s. 178 f.; Jfr även Posner, 2014, s. 14 f.

²⁷ Jfr Dworkin, 1980, s. 196 f.

Ett annat antagande som görs utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv är att individer agerar på ett ekonomiskt rationellt sätt. Posner har beskrivit det som att individer är rationella maximerare av sina ändamål.²⁸ Posner menar vidare att rationaliteten består i att individer väljer de bästa medlen tillgängliga för att tillgodose sina preferenser.²⁹ Enligt Posner är antagandet om rationalitet användbart även om han samtidigt medger att individer inte alltid agerar rationellt.³⁰ Det rättsekonomiska rationalitetsantagandet har varit föremål för kritik. Sunstein, Jolls och Thaler har bland annat anfört att individer emellanåt agerar irrationellt och således inte i enlighet med en rättsekonomisk modell baserad på antaganden om fullständig rationalitet. Därutöver har de pekat på förekomsten av bristande självkontroll i form av att individers agerande inte alltid överensstämmer med vad de anser vara sina långsiktiga intressen.³¹ Kritik mot rationalitetsantagandet har även framförts utifrån att individers preferenser skiljer sig åt och sannolikt varierar över tid samt till följd olika externa faktorer.³²

Det görs ofta en uppdelning mellan deskriptiv och normativ rättsekonomi. Deskriptiv rättsekonomi ämnar att beskriva ekonomiskt effektiva lösningar och analysera hur dessa påverkar den samhällsekonomiska effektiviteten.³³ En sådan analys kan exempelvis göras avseende den inneboende motsättningen mellan olika aktiebolagsrättsliga aktörer och dess betydelse för den aktiebolagsrättsliga regleringen, exempelvis motsättningen mellan aktieägare och borgenärer. Normativ rättsekonomi föreskriver istället lösningar på dessa problem utifrån deras ekonomiska effektivitet. Eklund och Stattin anser att en normativ användning av rättsekonomi inte utesluter beaktandet av andra aspekter än ekonomisk effektivitet.³⁴

Mot bakgrund av aktiebolagsrättens ekonomiska dimensioner samt underliggande ändamål anser jag det motiverat att tolka och analysera det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv. Det rättsekonomiska perspektiv som intas i framställningen är huvudsakligen deskriptivt. I relation till rättsekonomis antaganden om rationalitet och ekonomisk effektivitet kan följande sägas. För denna framställning anses rationalitet vara en rimlig utgångspunkt samtidigt som det enligt mig finns fog för den kritik som riktats mot antagandet om att individer agerar med fullständig rationalitet. I framställningen görs således inget sådant antagande. Som utgångspunkt antas däremot att individer och marknadsaktörer i regel har förmåga att agera, samt i många fall agerar, utifrån vad de upplever vara i linje med sina intressen. Det är enligt min mening även rimligt att se

²⁸ Posner beskriver det som att ”human beings are rational maximizers of their ends in life”, se Posner, 2014, s. 1.

²⁹ Posner, 1997, s. 1551.

³⁰ Posner, 2014, s. 4.

³¹ För en mer utförlig redogörelse av denna kritik, se Sunstein m.fl., 1998, s. 1477 ff.

³² Jfr Bernstein, 2005, s. 309 ff.

³³ Dahlman m.fl., 2004, s. 70.

³⁴ Eklund & Stattin, 2021, s. 38 f.

ekonomisk effektivitet som ett ändamål med regleringen. Efterlevnad av en reglering får antas innebära kostnader för individer samt företag och det bör mot bakgrund av detta ligga i såväl lagstiftarens som marknadsaktörernas intresse att regleringen är effektiv och ändamålsenlig. Samtidigt finns det naturligtvis fler ändamål som kan anses eftersträvansvärda med en aktiebolagsrättslig reglering. Inom ramen för ett rättsekonomiskt perspektiv både får och kan sådana aspekter emellertid tillmätas betydelse.³⁵ Sammanfattningsvis bedöms ett rättsekonomiskt perspektiv relevant då det möjliggör ett beaktande av ekonomiska aspekter av det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet och dess utformning. Vid tillämpningen av perspektivet tas samtidigt hänsyn till den kritik som riktas mot de för rättsekonomin underliggande antagandena.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsens övergripande syfte är att beskriva och analysera det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Borgenärer ges emellertid även skydd utanför den aktiebolagsrättsliga regleringen genom exempelvis straff-, sak- och insolvensrättsliga bestämmelser.³⁶ Det stora antalet regler med borgenärsskyddande funktion och deras fragmenterade art medför ett behov av en avgränsning. Mot bakgrund av uppsatsens syfte sker ingen fördjupning av andra borgenärsskyddsaspekter än de aktiebolagsrättsliga. I den mån borgenärsskyddsregler på andra rättsområden berörs är det främst i relation till de aktiebolagsrättsliga.

Med beaktande av framställningens omfång är det även nödvändigt att i någon mån begränsa vilka delar det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet som tas i beaktande. Framställningen behandlar huvudsakligen kapitalskyddsreglerna vilket motiveras med att dessa kan anses stå i centrum för det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet.³⁷ Reglerna i 21 kap. ABL om lån från bolaget samt reglerna 23-24 kap. ABL om fusion och delning kan exempelvis anses relevanta ur ett borgenärsskyddshänseende. På samma sätt har skadeståndsreglerna i 29 kap. ABL samt ansvarsgenombrottsinstitutet också bäring på borgenärsskyddsfrågor. I den mån dessa berörs görs det dock endast ytligt eftersom framställningen primärt behandlar kapitalskyddsregleringen i ABL.

Fokus för framställningen är att utreda den svenska regleringen och därför behandlas primärt svensk rätt, däri inbegripet relevant EU-rättslig reglering. Borgenärsskydd kan dock med fördel även belysas ur ett internationellt

³⁵ För stöd för denna uppfattning, se exempelvis Eklund & Stattin, 2021, s. 38 ff.; Dahlman m.fl., 2004, s. 212 ff.; För liknande resonemang, jfr även Armour, 2000, s. 358.

³⁶ Jfr Andersson, 2020, s. 63 f.

³⁷ Dessa behandlas utförligt i avsnitt 2.4 och uppsatsens tredje kapitel.

perspektiv, inte minst i relation till framställningens andra frågeställning.³⁸ I den utsträckning utländska rättsordningar och dess borgenärsskydd berörs sker det primärt för att bidra till utredningen och analysen av den svenska regleringen. Avsikten är inte att ge en heltäckande redogörelse för rättsläget i dessa rättsordningar. Motsvarande förhållningssätt intas även gentemot redovisningsmässiga regler. Det finns ett tydligt samband mellan redovisningsregler och borgenärsskyddsreglerna i ABL. Årsredovisningslagen (1995:1554) (ÅRL) kan även sägas fylla en borgenärsskyddande funktion.³⁹ I den mån ÅRL eller redovisningsmässiga aspekter behandlas är avsikten dock inte att ge en heltäckande redogörelse.

I framställningen är privata aktiebolag i fokus och publika aktiebolag berörs således endast i begränsad utsträckning. Avgränsningen görs primärt med anledning av att privata aktiebolag utgör den absoluta merparten av de registrerade aktiebolagen i Sverige.⁴⁰ Borgenärsskyddet i publika aktiebolag styrs därutöver i hög grad av regleringen genom Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/1132 av den 14 juni 2017 om vissa aspekter av bolagsrätt (konsoliderade bolagsdirektivet)⁴¹. Utrymmet att diskutera behovet av samt eventuella brister med det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet ur ett svenskt hänseende anses därför något begränsat avseende publika aktiebolag i jämförelse med privata.

1.6 Forskningsläge

Aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsfrågor har under lång tid varit ett återkommande och aktuellt ämne. Inom den rättsvetenskapliga litteraturen har det förts diskussioner kring regleringens utformning såväl de lege lata som de lege ferenda. För svenskt vidkommande har kapitalskyddsreglerna under en längre tid haft likartad utformning även om det givetvis skett vissa reformer av regleringen.⁴² Med anledning därav har många äldre resonemang om regleringen, särskilt principiella sådana, fortfarande bäring på en diskussion utifrån dagens reglering. I den mån framställningen behandlar äldre material är det således främst i relation till principiella resonemang eftersom de fortfarande bedöms vara relevanta idag.

Borgenärsskyddets utformning är och har varit en omstridd fråga. I den svenska rättsvetenskapliga diskussionen har det lämnats flera viktiga bidrag. Jan Andersson har sedan sin avhandling år 1995 om vinstutdelning från

³⁸ Jfr Andersson, 2014, s. 78 ff. Andersson menar att det inte endast går att se aktiebolagsrätten som ett nationellt fenomen och att rättsutvecklingen inom aktiebolagsrätten ”måste fortgå med kunskap om, förståelse för och i samverkan med vår omvärld...”, se s. 79.

³⁹ Prop. 2004/05:85 s. 375; Bergström & Samuelsson, 2021, s. 23.

⁴⁰ I juni 2023 uppgick antalet registrerade aktiebolag i Sverige till 740 000 varav 738 000 var privata. Publika aktiebolag utgjorde vid denna tidpunkt således knappt 0,3 procent av det totala antalet registrerade aktiebolag, se SOU 2023:34 s. 394.

⁴¹ Fortsättningsvis benämns direktivet som det andra bolagsdirektivet.

⁴² Se exempelvis den historiska redogörelsen i avsnitt 3.1.2 om kravet på minsta aktiekapital.

aktiebolag skrivit en uppsjö av artiklar om borgenärs- och kapitalskyddsfrågor i såväl ett svenskt som internationellt hänseende.⁴³ Hans bok om kapitalskyddet i aktiebolag från år 2020 är också ett viktigt bidrag till såväl framställningen som den rättsvetenskapliga diskussionen.⁴⁴ Andra som bidragit till diskussionen om det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet är Erik Nerep⁴⁵, Rolf Dotevall⁴⁶, Clas Bergström, Per Samuelsson⁴⁷ och Rolf Skog⁴⁸ för att nämna några. Inom den rättsvetenskapliga litteraturen har fokus även riktats mot kapitalskyddets olika beståndsdelar. Stefan Lindskog har exempelvis ägnat stort intresse åt reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist och hans bok om kapitalbrist i aktiebolag är ett viktigt bidrag för både den rättsvetenskapliga diskussionen och framställningen.⁴⁹ Sebastian Lindroos-Moll⁵⁰ och Karin Blad⁵¹ har även skrivit avhandlingar som berör olika aspekter av kapitalbristreglerna.

Diskussionen om borgenärsskyddets utformning är givetvis inte enbart en svensk företeelse och det finns en omfattande internationell diskussion. Det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet och borgenärskollektivets utformning har bland annat behandlats i artiklar av John Armour⁵², Luca Enriques, Jonathan R. Macey⁵³, Peter O. Mulbert⁵⁴ och Wolfgang Schon⁵⁵. Merparten av den internationella litteraturen om aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd som beaktas i framställningen avser inte specifikt den svenska regleringen. De principiella resonemang som framförs däri anses dock ha bäring på, samt relevans för, en diskussion avseende den svenska regleringen.

Något kort bör slutligen nämnas om användandet av förarbeten i framställningen. Som presenterats i avsnitt 1.3 utgör förarbeten en rättskälla och används i egenskap därav för att utröna gällande rätt. I framställningen används förarbetena därutöver i syfte att få en bild av vilka överväganden lagstiftaren gjort samt vilka skäl som motiverat regleringen. Förarbetena används således både för att utröna gällande rätt samt för att belysa dess bakomliggande skäl och intresseavvägningar.

1.7 Disposition

⁴³ Se exempelvis Andersson, 1995; Se även Andersson, 1999; Andersson, 2005; Andersson, 2012; Andersson, 2014; Andersson, 2017.

⁴⁴ Andersson, 2020.

⁴⁵ Se exempelvis Nerep, 1994; Nerep, 2003; Nerep, 2009; Nerep, 2017.

⁴⁶ Se exempelvis Dotevall, 2015a; Dotevall, 2015b.

⁴⁷ Se exempelvis Bergström & Samuelsson, 1993; Bergström & Samuelsson, 2021; Se även Samuelsson, 2012.

⁴⁸ Se exempelvis Skog, 2006; Skog, 2023.

⁴⁹ Lindskog, 2023.

⁵⁰ Lindroos-Moll, 2020.

⁵¹ Blad, 2023.

⁵² Se exempelvis Armour, 2000; Armour, 2006.

⁵³ Se exempelvis Enriques & Macey, 2001; Macey, 1993.

⁵⁴ Mulbert, 2006.

⁵⁵ Schon, 2004.

Efter framställningens inledande kapitel ges i kapitel 2 en redogörelse för några aktiebolagsrättsliga och ur ett borgenärsskyddshänseende relevanta utgångspunkter. I det efterföljande kapitel 3 följer en redogörelse av kapitalskyddsregleringen i ABL. I anslutning till beskrivningen av regleringens respektive delar behandlas även synsätt inom den rättsvetenskapliga litteraturen avseende regleringen ur ett borgenärsskyddsperspektiv. Denna redogörelse förenas även med en analys i respektive underavsnitt i syfte att besvara framställningens första frågeställning.

I det inledande avsnittet av framställningens kapitel 4 behandlas olika borgenärs möjligheter att erhålla skydd utöver det lagreglerade aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Som ett första led i att besvara uppsatsens andra frågeställning förs även en analys i anslutning till detta. I de två efterföljande avsnitten sätts det föregående i relation till utformningen av det lagreglerade aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Dessa avsnitt ämnar att sätta regleringen i relation till såväl borgenärer som aktiebolag, vars förhållanden regleringen avser att diktera. Därutöver presenteras olika aspekter av relevans för utformandet av ett borgenärsskydd samt olika synsätt på dess lämpliga omfattning. I anslutning därtill förs i ett andra och sista led ytterligare analys med avsikt att besvara framställningens andra frågeställning.

Till sist sker i framställningens kapitel 5 först en sammanfattning av de slutsatser som presenteras i kapitel 3 och 4. Med avstamp i dessa förs sedermera en avslutande diskussion.

2 Den aktiebolagsrättsliga spelplanen och dess implikationer

2.1 Aktiebolaget – en kort introduktion

Aktiebolaget som kapitalassociation kännetecknas av att samtliga rättigheter och skyldigheter är kopplade till aktierna och aktieinnehavet.⁵⁶ Aktiebolagets ägare står således inte någon risk för bolagets förpliktelser, vilket även stadgas i ABL:s inledande kapitel.⁵⁷ Som utgångspunkt ska syftet med att bedriva ett aktiebolag vara att bereda vinst till aktieägarna.⁵⁸ Ytterligare ett kännetecken för aktiebolaget är att dess aktier i regel är fritt överlåtbara. Aktiers fria överlåtbarhet hänger samman med begränsningen av aktieägarnas personliga ansvar och utgör en viktig förutsättning för aktiebolags förmåga att erhålla finansiering.⁵⁹ I ABL görs en distinktion mellan privata och publika aktiebolag.⁶⁰ Ett privat aktiebolag karakteriseras av ett krav om minsta aktiekapital på 25 000 kr samt att dess aktier inte syftar till att spridas till en vidare krets. För ett offentligt aktiebolag uppställs istället ett krav om minsta aktiekapital på 500 000 kr och dess aktier får spridas på börs eller genom omfattande annonsering.⁶¹ Omkring 95 procent av alla nybildade aktiebolag bildas med lägsta tillåtna aktiekapital.⁶²

Som associationsform etablerades aktiebolaget ursprungligen i medeltida Europa där inte minst Italiens välutvecklade handelsliv gav förutsättningar för innovationer inom bolagsrätten. Användandet av aktiebolag tog fart och kom sedermera att breda ut sig till fler länder och verksamhetstyper. Under många år var aktiebolagsformen med dess begränsade ägaransvar erkänd trots avsaknad av aktiebolagsrättslig lagstiftning. För svenskt vidkommande började aktiebolagsformen nyttjas under början av 1600-talet genom statsprivilegierade kompanier. Det dröjde emellertid fram till 1848 innan den första aktiebolagslagen trädde i kraft.⁶³ Genom en stor ökning av antalet bildade aktiebolag, tillväxten av befintliga bolag och tillkomsten av nya ägare kom 1848 års aktiebolagslag successivt att bli allt mer föråldrad. En reform av aktiebolagsrätten ansågs påkallad och som en följd därav infördes med

⁵⁶ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 37 f.

⁵⁷ Jfr 1 kap. 3 § ABL; Bergström & Samuelsson, 2021, s. 48.

⁵⁸ Jfr 3 kap. 3 § ABL; Se även prop. 2004/05:85 s. 218 f.

⁵⁹ Jfr 4 kap. 7 § ABL; Bergström & Samuelsson, 2021, s. 44-51. För en redogörelse för sambandet mellan fri överlåtbarhet och begränsat personligt ansvar, se särskilt s. 50-51.

⁶⁰ Jfr 1 kap. 2 § ABL.

⁶¹ Jfr 1 kap. 5, 7 & 14 §§ ABL; Sandström, 2023, s. 60 ff.

⁶² Ds 2019:6 s. 15. Promemorians uppgift avsåg 2019 års förhållanden men det antas att liknande förhållanden borde gälla idag. Ett sådant antagande för 2023 års vidkommande görs exempelvis i Blad, 2023, s. 153.

⁶³ Dotevall, 2015a, s. 29 ff; Smiciklas, 1989, s. 39-55.

1895 års aktiebolag en mängd nya regler utifrån behoven och utvecklingen i det svenska industrisamhället.⁶⁴

Mot 1800-talets slut fortsatte expansionen av den svenska industrin och ett ökat kapitalbehov medförde bredare ägarkretsar i storföretagen och ökad aktiehandel. Detta kom även att reflekteras i 1910 års aktiebolagslag genom vilken bland annat reglerna om revision och firmateckning moderniserades.⁶⁵ Kreugerkraschen 1932 blottlade brister i den aktiebolagsrättsliga regleringen och blev startskottet för ett reformarbete vilket mynnade ut i 1944 års aktiebolagslag.⁶⁶ Den efterföljande 1975 års aktiebolag, föranledd av ett nordiskt utredningsarbete, kan beskrivas som en teknisk översyn vilket departementschefen även betonade i sitt yttrande.⁶⁷ I takt med näringslivets internationalisering, inträdet i europeiska unionen samt det ökade utländska ägandet i svenska aktiebolag mot slutet av 1990-talet ansågs det nödvändigt att säkerställa den svenska aktiebolagslagens konkurrenskraft och förenlighet med den internationella utvecklingen inom aktiebolagsrätten.⁶⁸ Resultatet blev 2005 års aktiebolagslag vilken alltså gäller idag.

2.2 Intressekonflikten mellan aktieägare och borgenärer

Aktieägarnas begränsade personliga ansvar kan anses önskvärt ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. På samma gång åskådliggör det den inneboende intressekonflikten mellan bolagets aktieägare och dess borgenärer.⁶⁹ Till följd av aktiebolagsformens begränsade ägaransvar är en borgenär som vill få betalt för sin fordran som utgångspunkt hänvisad till bolagets förmögenhet, förutsatt att borgenären inte har någon särskild säkerhet.⁷⁰ Borgenärer kan således inte rikta krav gentemot aktieägarna eller begära att dessa skjuter till ytterligare medel till bolaget.⁷¹ Denna inneboende motsättning mellan aktiebolagets ägare och dess borgenärer kan enligt Bergström och Samuelsson illustreras av två problembilder vilka kan aktualiseras till följd av aktiebolagsformens egenskaper. Ett för problembilderna underliggande antagande är att bolaget finansierar sin verksamhet med eget eller främmande kapital. Följande problembilder aktualiseras därav främst i relation till banker, kreditgivare och sådana borgenärer som har möjlighet att skydda sina intressen avtalsvägen.⁷² Oaktat

⁶⁴ Sandström, 2023, s. 49 ff.

⁶⁵ Sandström, 2023, s. 51 f.

⁶⁶ Smiciklas, 1989, s. 53 ff; För en översiktlig redogörelse om Kreugerkraschen, se Smiciklas, 1989, s. 54 f. samt Sandström, 2023, s. 53 f.

⁶⁷ Smiciklas, 1989, s. 54 f; Prop. 1975:103 s. 1 & 71.

⁶⁸ Prop. 2004/05:85 s. 196 f.

⁶⁹ Sacklén lyfter att det begränsade ansvaret möjliggör för företagande utan att den personliga förmögenheten riskeras, se Sacklén, 1994 s. 136.

⁷⁰ Sådan säkerhet kan exempelvis utgöras av borgen eller pant, jfr SOU 2008:49 s. 49.

⁷¹ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 212.

⁷² Jfr Bergström & Samuelsson, 2021, s. 210 ff.; Jfr avsnitt 2.3 om distinktioner inom borgenärskollektivet.

detta illustrerar de alltså den motsättning som präglar relationen mellan aktieägare och borgenärer.

Det första problemet kan benämnas som överinvesteringsproblemet. Till följd av att aktieägare inte personligen riskerar något ansvar kan bolagets benägenhet till risktagande öka på borgenärernas bekostnad, då risken blir större än vad borgenärerna räknat med vid kreditgivningen. Bolagets ökade exponering för risk kan till exempel medföra att bolagets fast förräntade krediter minskar i värde samtidigt som värdet av aktierna ökar. Bolagets incitament till ökat risktagande kan således komma att stå i strid med borgenärernas intressen. Liknande motsättningar kan uppstå i aktiebolag med dålig ekonomisk bärkraft. Pondera exempelvis att bolagets tillgångar vid en viss tidpunkt skulle uppgå till ett större värde vid en likvidation än vid fortsatt verksamhet. Aktieägarna kan, i avsaknad av personligt ansvar, däremot stå att tjäna mer på fortsatt verksamhet än en likvidation då fortsatt verksamhet medför en chans till framtida utdelning, om än osannolik. Vid en motsvarande situation kan det ur borgenärshänseende istället vara mer önskvärt med en likvidation. Detta kan benämnas som likvidationsproblemet.⁷³

Det andra problemet som Bergström och Samuelsson lyfter kan beskrivas som ett underinvesteringsproblem och aktualiseras när risken för obestånd i ett bolag är stor. Incitament kan då saknas för bolagets aktieägare att satsa på nya vinstgivande projekt då en stor del av projektets vinst sannolikt tillkommer bolagets borgenärer snarare än aktieägarna själva. Underinvesteringsproblemet avser följaktligen företeelsen att aktieägare avstår från att verkställa lönsamma investeringar då deras incitament till sådana påverkats av skuldsättningen. En snarlik situation som kan uppstå när risken för obestånd är stor är att aktieägare står att tjäna på en omfördelning av värden från borgenärerna till sig själva genom extra utdelningar.⁷⁴

Som illustrerats ovan kan det begränsade personliga ansvaret i aktiebolag skapa motsättningar mellan bolagets aktieägare och dess borgenärer.⁷⁵ Över- respektive underinvesteringsproblemet är betydande för detta men aktualiseras framför allt i relation till kategorin av borgenärer som är långgivare. Ett aktiebolags borgenärer kan därutöver bestå av andra borgenärstyper och det är således motiverat att undersöka borgenärsbegreppet något.

⁷³ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 215 ff. För närmare redogörelse samt betydande exempel av problematiken, se särskilt s. 217-218.

⁷⁴ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 215 ff. För närmare redogörelse samt betydande exempel av problematiken, se särskilt s. 219-220.

⁷⁵ Intressekonflikten har även berörts på fler håll i den rättsvetenskapliga litteraturen, se exempelvis Enriques & Macey, 2001, s. 1168 ff.; Armour, 2000, s. 360 f.; Armour, 2006, s. 16 f.; Macey, 1993, s. 37 f.

2.3 Borgenärskollektivet – en homogen massa?

Som berörts i föregående avsnitt medför aktieägarnas begränsade ansvar en intressekonflikt i relation till borgenärskollektivet. Borgenärernas särpräglade ställning i den aktiebolagsrättsliga regleringen genom flertalet tvingande borgenärsskyddsregler får sannolikt ses i ljuset av detta.⁷⁶ Gemensamt för ett aktiebolags borgenärer är att samtliga innehar någon form av fordran gentemot bolaget.⁷⁷ Innan framställningen redogör för borgenärsskyddregleringen kan det dock vara på sin plats att nyansera bilden av borgenärskollektivet något eftersom kollektivet av bolagets potentiella och befintliga borgenärer kan kategoriseras utifrån flera tänkbara grunder.⁷⁸

Inledningsvis kan en distinktion göras utifrån termerna frivilliga och ofrivilliga borgenärer. En frivillig borgenär kännetecknas enligt Andersson som en borgenär som "har eller skulle kunna ha en kontraktuell relation med bolaget".⁷⁹ OFrivilliga borgenärer kännetecknas istället av att deras "fordran har uppkommit eller kan uppkomma på annat vis än genom avtal, exempelvis i form av ett utomobligatoriskt skadestånd".⁸⁰ Som exempel på frivilliga borgenärer nämner Andersson leverantörer, banker, kreditinstitut, anställda och företagsledning. Med ofrivilliga borgenärer avses exempelvis stat, region och kommun med anspråk på avgifter och skatt samt juridiska och fysiska personer med utomobligatoriska ersättningsanspråk till följd av olika skador.⁸¹

Ytterligare en distinktion som förekommer i litteraturen är den mellan anpassande och icke-anpassande borgenärer. Avgörande för distinktionen är huruvida borgenären har möjlighet att rätta avtalsvillkoren utefter den risk och de kostnader som transaktionen innebär.⁸² En anpassande borgenär kan säkerställa att sina intressen tillgodoses avtalsvägen medan detsamma inte gäller för en icke-anpassande borgenär.⁸³ Borgenärer i form av banker och kreditinstitut är typiskt sett anpassande då de kan samla information om gäldenären (bolaget) och reglera villkoren för kreditgivningen. Vad gäller icke-anpassande borgenärer kan vissa småskaliga leverantörer och borgenärer med utomobligatoriska anspråk nämnas som exempel.⁸⁴ Även konsumenter

⁷⁶ Se kapitel 3 för en redogörelse av regleringen.

⁷⁷ Lehrberg, 2016, s. 43.

⁷⁸ Andrews, 2022, s. 128.

⁷⁹ Andersson, 2020, s. 67.

⁸⁰ Andersson, 2020, s. 67; Högsta domstolen har även tillämpat samma distinktion i NJA 2014 s. 877 p. 10; Se även Andrews, 2022, s. 125 f., särskilt fotnot 397. Andrews begreppsbyggnad innehåller viss skillnad avseende begreppsanvändningen men skiljer sig inte nämnvärt i materiellt hänseende.

⁸¹ I anglosaxisk terminologi görs motsvarande distinktion mellan begreppen "voluntary" samt "involuntary creditors", se Andersson, 2020, 67 ff.

⁸² Andersson, 2020, s. 67 f.; Andrews, 2022, s. 127 f.

⁸³ SOU 2008:49 s. 83; I anglosaxisk terminologi görs en liknande åtskillnad mellan begreppen "adjusting" samt "non-adjusting creditors", se Andersson, 2020, s. 67 samt SOU 2008:49 s. 83.

⁸⁴ Andrews, 2022, s. 128; SOU 2008:49 s. 83; Armour, 2006, s. 11.

och anställda kan inkluderas i denna borgenärskategori då de inte nödvändigtvis har möjlighet att utforma sina villkor utifrån olika gäldenärens särdrag.⁸⁵ Det finns även en viss överlappning mellan de två begreppsbildningarna då ett borgenärskollektiv av frivilliga borgenärer kan tänkas innehålla såväl anpassande borgenärer (banker och kreditgivare) som icke-anpassande borgenärer (småskaliga leverantörer och kunder). En tredje man som drabbas av miljö-, sak- eller personskada kan å andra sidan beskrivas som en ofrivillig icke-anpassad borgenär.⁸⁶

2.4 Kapitalskyddsreglerna – lagstiftarens konflikthantering

Incitamenten och intressena hos ett aktiebolags ägare och dess borgenärer är, som berörts i avsnitt 2.2, inte alltid förenliga. Borgenärer har av naturliga skäl ett intresse av att aktiebolagets tillgångar motsvarar dess skulder och, om möjligt, mer därtill. Detta intresse tillgodoses av lagstiftaren genom ABL:s kapitalskyddsregler vilka syftar till att tillhandahålla skydd åt bolagets borgenärer.⁸⁷ ABL innehåller således ett stort antal regler med syfte att värna om bolagets bundna kapital samt säkerställa borgenärernas ställning.⁸⁸ I relation till detta är det påkallat att nämna den vanligt förekommande distinktionen mellan aktiebolagsrättsliga minoritetsskydds- och borgenärsskyddsregler. Minoritetsskyddsreglerna är dispositiva så till vida att de kan förbigås förutsatt att samtliga aktieägare samtycker. Detta brukar benämnas som SAS-principen. Borgenärsskyddsreglerna är däremot indispositiva och kan således inte avvika från genom varken samtycke från aktieägarna eller avvikelser i bolagsordningen.⁸⁹

Vid första anblick är det inte helt enkelt att skapa sig en överblick av det aktierättsliga borgenärsskyddet. I litteraturen har det emellertid gjorts olika ansatser att systematisera detta. Sandström väljer exempelvis att dela upp ABL:s borgenärsskydd i i) bestämmelser som syftar till att säkerställa att förmögenhet tillförs bolaget vid dess bildning eller då nya aktier ges ut, ii) bestämmelser som uppställer gränser för transaktioner vilka påverkar bolagets bundna kapital samt iii) bestämmelser som reglerar likvidation av bolaget.⁹⁰ Även Bergström och Samuelsson har behandlat frågan och ur deras redogörelse går det att urskilja tre huvudsakliga grupper: i) regler om skyddet av aktiekapitalet samt det lagstadgade minimikapitalet, ii) regler som

⁸⁵ Armour, 2006, s. 11.

⁸⁶ Andersson, 2020, s. 67 f.

⁸⁷ Andersson, 2020, s. 11.

⁸⁸ Sandström, 2023, s. 331.

⁸⁹ Jfr Andersson, 1995, s. 130; Sacklén, 1994, s. 137; Sandström, 2023, s. 20; Helt och hållet kategorisk är inte uppdelningen i minoritets- respektive borgenärsskyddsregler. Ett antal bestämmelser i ABL har exempelvis motiverats av andra ändamål och avseende dessa tillämpas inte SAS-principen. För utförligare redogörelse om detta, se Andersson, 2020, s. 26 f.

⁹⁰ Sandström, 2023, s. 20.

begränsningar dispositionsfriheten över bolagets tillgångar samt iii) regler om likvidation av aktiebolag.⁹¹ Reglerna i 21 kap. ABL om förbjudna lån och säkerheter beskrivs därutöver som en ytterligare grupp av borgenärsskyddsregler men intar samtidigt en viss särställning då regleringen även motiveras av ett intresse att motverka skatteflykt och skatteundandraganden.⁹²

Andersson delar istället upp borgenärsskyddet i två delar bestående av i) reglerna om legalt minsta aktiekapital och dess uppbyggnad samt ii) kapitalskyddet, vilket består av regler om begränsningar och former för värdeöverföringar samt kapitalbristreglerna i 25 kap. ABL.⁹³ Sacklén har därutöver valt att kategorisera ABL:s borgenärsskydd utifrån tre moduler: i) regler om tillskottsplikt vid bildandet av bolaget samt vid efterföljande kapitalökning, ii) regler som begränsar bolagets dispositionsrätt över tillskjutet och upparbetat kapital samt iii) regler om tvångslikvidation.⁹⁴

2.5 Avslutning

Framväxten av aktiebolagsformen möjliggjorde för aktiebolagens ägare att bedriva verksamhet utan att riskera personligt ansvar för bolagets förpliktelser. Detta skapar samtidigt förutsättningar för en intressekonflikt mellan bolagets ägare och dess borgenärer. Avseende borgenärerna finns variationer vad gäller såväl grunden för borgenärskapet som i vilken mån borgenären kan anpassa sig utefter risk och kostnad. Det är mot denna bakgrund som borgenärsskyddsregleringen i ABL får ses.

Kategoriseringarna av regleringen som presenteras i föregående avsnitt framstår vid en jämförelse som snarlika. Med dessa som förebild kommer redogörelsen i framställningens nästkommande kapitel behandla huvuddragen i det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Inledningsvis behandlas kravet på minsta aktiekapital. Därefter behandlas de regler som begränsar dispositionsrätten av bolagets kapital. Slutligen ges en redogörelse för reglerna avseende tvångslikvidation.

⁹¹ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 214-243.

⁹² Bergström & Samuelsson, 2021, s. 254.

⁹³ Andersson, 2020, s. 39. Andersson talar även på s. 41 om ”kapitalkrav, kapitaluppbyggnad och kapitalskydd som tre pelare i [...] kapitalsystemet” vilket i materiellt hänseende får anses motsvara hans föregående systematisering på s. 39.

⁹⁴ Sacklén, 1994, s. 137.

3 Borgenärsskyddet i aktiebolagslagen

3.1 Krav på minsta aktiekapital

3.1.1 Inledning

Som tidigare behandlats är en utgångspunkt att aktieägarna inte har något personligt ansvar för bolagets förpliktelser.⁹⁵ I kontinentaleuropeisk rätt finns sedan länge en uppfattning om att grunden för denna frihet från personligt ansvar utgörs av aktiekapitalet som kapitalbas.⁹⁶ Med andra ord kan kapitalskyddsreglerna betraktas som en eftergift från aktieägarna för att undslippa personligt ansvar.⁹⁷ Ytterligare en uppfattning om funktionen av aktiekapitalet, och reglerna till skydd för detta, är att det syftar till att gynna aktieägarna. Enligt detta synsätt medför aktiekapitalet att bolag får det enklare att beviljas krediter och anskaffa kapital i allmänhet.⁹⁸

En förutsättning för att bedriva verksamhet i aktiebolagsform är att bolaget tillförs en förmögenhet som motsvarar aktiekapitalet.⁹⁹ Aktiekapitalet är en del av bolagets bundna egna kapital tillsammans med eventuell reservfond, bunden överkursfond, uppskrivningsfond, kapitalandelsfond samt fond för utvecklingsutgifter. Tillsammans med det fria egna kapitalet utgör det bundna egna kapitalet aktiebolagets egna kapital.¹⁰⁰ Till skillnad från det fria egna kapitalet, vilket som utgångspunkt är tillgängligt för utdelning till aktieägarna, gäller motsatsen för det bundna egna kapitalet.¹⁰¹

Vid tillskott av aktiekapitalet sker inbetalningen som utgångspunkt i pengar. Om aktiebolagets stiftelseurkund tillåter finns dock möjlighet att istället skjuta till apportegendom som exempelvis värdet av patent eller fastigheter. En bakomliggande tanke med kravet på att stiftelseurkunden måste medge apportegendom är att bolagets intressenter, exempelvis befintliga eller tillkommande borgenärer, ska kunna få en bild av apportegendomens värde. Genom att aktieteckning sker i stiftelseurkunden, vilken registreras hos Bolagsverket, blir den sedermera offentlig med följden att ytterligare insyn uppstår avseende värderingen av aktiekapitalet.¹⁰² Vid vilseledande uppgifter eller omotiverat hög värdering av apportegendomen finns sanktioner genom såväl aktiebolagsrättsliga skadeståndsregler som straffrättsliga

⁹⁵ Jfr avsnitt 2.1.

⁹⁶ Dotevall, 2015a, s. 149.

⁹⁷ Jfr SOU 1971:15 s. 327; Armour, 2006, s. 15; Forsebäck, 2008/09, s. 208.

⁹⁸ Jfr Skog, 2023, s. 23.

⁹⁹ Sandström, 2023, s. 106.

¹⁰⁰ Jfr 3 kap. 10 a § ÅRL.

¹⁰¹ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 220 f.; Andersson, 2020, s. 13 f. Vid vinstutdelning av fritt eget kapital måste dock regleringen i 17-18 kap. ABL tas i beaktning, se avsnitt 3.2.2-3.

¹⁰² Jfr 2 kap. 5, 12 & 16 §§ ABL; Skog, 2023, s. 37 ff.

bestämmelser.¹⁰³ Kravet på ett aktiekapital skapar oundvikligen behov av ett regelverk i syfte att säkerställa att hänsyn tas till kapitalkravet vid såväl bolagsbildningen som när bolaget företar olika slags värdeöverföringar.¹⁰⁴ I det följande ges en historisk redogörelse för kapitalkravet samt de skäl och tilltänkta funktioner som motiverat dess förekomst.

3.1.2 Aktiekapitalet – en historik

3.1.2.1 1848 - 1975 – ett kapitalkrav på uppgång

Så tidigt som i 1848 års aktiebolag föreskrevs ett krav på aktiekapital. I lagen uppställdes däremot inget krav på aktiekapitalets storlek och det var först genom 1895 års aktiebolagslag som lagstiftaren kom att föreskriva ett krav på minst 5 000 kr i aktiekapital.¹⁰⁵ Under det lagstiftningsarbete som föregick lagen föreslogs ursprungligen ett krav om 25 000 kr. Riksdagen kom dock att besluta om ett krav på minsta aktiekapital om 5 000 kr.¹⁰⁶ I såväl utredningens som utskottets beredning betonades att aktiekapitalet utgjorde aktiebolagets enda kreditbasis och enligt utskottet riskerade ett för lågt kapitalkrav att inverka negativt på företagens utsikter och ägarbild.¹⁰⁷

Inför 1910 års aktiebolagslag föreslog aktiebolagskommittén ingen höjning av kravet på minsta aktiekapital och kapitalkravet kom sedermera att stanna på 5 000 kr i 1910 års aktiebolagslag.¹⁰⁸ Frågan om aktiekapitalets storlek aktualiserades åter under lagstiftningsarbetet till 1944 års aktiebolagslag. I såväl utredningen som propositionen föreslogs en höjning av aktiekapitalets storlek till 10 000 kr mot bakgrund av penningvärdesförändringar.¹⁰⁹ Det särskilda utskottet delade visserligen denna uppfattning men ansåg samtidigt med beaktande av småföretagarnas intressen att en höjning av aktiekapitalets storlek inte var önskvärd.¹¹⁰ Riksdagen valde slutligen att behålla den rådande gränsen på 5 000 kr.¹¹¹

Under arbetet med 1975 års aktiebolagslag fördes frågan om kapitalkravet och dess storlek på tal igen. Utredningen ansåg att en höjning av kravet på minsta aktiekapital till 20 000 kr var en rimlig anpassning i förhållande till penningvärdeförändringen.¹¹² Regeringen föreslog emellertid en höjning till 50 000 kr mot bakgrund av kritik från flertalet remissinstanser avseende att

¹⁰³ Skog, 2023, s. 42 f. Skadeståndsansvar kan aktualiseras enligt 29 kap. ABL och straffrättsligt ansvar enligt 9 kap. brottbalken (1962:700) (BrB).

¹⁰⁴ SOU 2023:34 s. 387.

¹⁰⁵ Jfr 1 § i 1848 års aktiebolagslag och 1 § i 1895 års aktiebolagslag; SOU 2008:49 s. 56.

¹⁰⁶ SOU 1895:1 s. 18; SOU 2008:49 s. 56.

¹⁰⁷ Jfr SOU 1895:1 s. 109 f.; Särskilda utskottets memorial nr 1 vid 1895 års riksdag s. 22.

¹⁰⁸ Jfr 2 § Förslag till lag om aktiebolag i Aktiebolagskommitténs betänkande 1908; Jfr prop. 1910:54 s. 2.

¹⁰⁹ SOU 1941:9 s. 37; Prop. 1944:5 s. 2; SOU 2008:49 s. 57.

¹¹⁰ Särskilda utskottets memorial nr 1 vid 1944 års riksdag s. 41.

¹¹¹ Jfr 2 § 1944 års aktiebolag.

¹¹² SOU 1971:15 s. 121.

en gräns på 20 000 kr vore för låg.¹¹³ Höjningen motiverades bland annat med hänvisning till aktiekapitalets betydelse ur ett borgenärsskyddshänseende och vikten av ett betryggande ekonomiskt underlag i bolaget i relation till just borgenärer. Vidare ansågs en höjning motiverad mot bakgrund av förekomsten av aktiebolagsbildningar i andra syften än vad som ursprungligen var tänkt med associationsformen.¹¹⁴

3.1.2.2 1995 - 2010 – ett kapitalkrav under förändring

Vid Sveriges inträde i EU uppkom i ljuset av EES-avtalet och det stundande unionsinträdet ett behov av aktiebolagsrättsligt reformarbete.¹¹⁵ Även om det andra bolagsdirektivet inte nödvändiggjorde en höjning av kravet på minsta aktiekapitalet i privata bolag ansåg regeringen alltjämt att en översyn i frågan var påkallad. Kravet på minsta aktiekapital i privata bolag kom sedermera att höjas till 100 000 kr.¹¹⁶ Regeringen uttalade inledningsvis att bestämmelserna om aktiekapital och reglerna till skydd för detta syftade till att skydda bolagets borgenärer. Enligt regeringens mening innebar en höjning av aktiekapitalet följaktligen en förstärkning av borgenärsskyddet som även gagnade bolagets kreditvärdighet. Aktiekapitalets funktion av att motverka missbruk av aktiebolagsformen angavs också som skäl för höjningen samtidigt som aktiekapitalets påverkan på möjligheterna för nyetablering lyftes som skäl mot en alltför hög gräns. Regeringen nyanserade samtidigt bilden av aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion något genom påpekanen att aktiekapitalet i sig självt inte nödvändigtvis tillgodoser tillräckligt skydd för borgenärerna. Regeringen lyfte även att borgenärer ofta efterfrågar personlig säkerhet gentemot mindre bolag.¹¹⁷

2005 års aktiebolagslag medförde ingen förändring av kapitalkravets storlek.¹¹⁸ Mot bakgrund av en strömning bland EU:s medlemsstater av att sänka eller avskaffa kravet på aktiekapital, samt framväxten av en konkurrenssituation för aktiebolagsrättslig reglering inom unionen efter avgöranden från EU-domstolen avseende etableringsfriheten, kom kravet på minsta aktiekapital emellertid att sänkas till 50 000 kr år 2010.¹¹⁹ Enligt den utredning som föregick sänkningen gjorde den historiska uppfattningen om att aktiekapital och kapitalskydd underlättar bolagens kapitalanskaffning inte längre sig gällande på samma sätt då det enbart var en av flertalet relevanta aspekter vid kreditgivning.¹²⁰ Även om aktiekapitalet inte ansågs kunna stoppa missbruk av aktiebolagsformen bedömdes det alltjämt utgöra ett visst

¹¹³ Prop. 1973:93 s. 9 & 57 f.

¹¹⁴ Regeringen tog exempelvis upp att aktiebolagsformen nyttjats för att vinna skattemässiga fördelar, se prop. 1973:93 s. 86 ff.

¹¹⁵ Jfr prop. 1993/94:196 s. 67.

¹¹⁶ Kravet på aktiekapital i publika bolag höjdes samtidigt till 500 000 kr, se prop. 1993/94:196 s. 80 f.

¹¹⁷ Prop. 1993/94:196 s. 82 f.

¹¹⁸ Jfr prop. 2004/05:85 s. 211 f.

¹¹⁹ SOU 2008:49 s. 61; Ds 2019:6 s. 14.

¹²⁰ SOU 2008:49 s. 84 f.

hinder mot sådana oseriösa syften.¹²¹ Utredningen framförde att aktiekapitalet kunde ha viss betydelse för borgenärer utan förmåga att säkra sina intressen avtalsvägen. Anpassande borgenärer ansågs däremot svårligen ha samma behov. Samtidigt betonades att ett aktiekapital kunde förbrukas snabbt med anledning av dess numera ringa storlek samt att det saknades koppling mellan det lagstadgade kravet och de behov respektive risker som ett bolags verksamhet var förenade med. Kapitalkravets funktion i form av ett standardkontrakt för icke-anpassande borgenärer lyftes även som ett skäl för ett krav på minsta aktiekapital.¹²² Slutligen bedömdes en sänkning av aktiekapitalet potentiellt kunna främja aktiebolagsformens tillgänglighet och nyttjandet av associationsformen i allmänhet.¹²³

Det sistnämnda tog regeringen särskilt fasta på. Regeringen lyfte därutöver, likt utredningen, fram betydelsen av kapitalkravets funktion som seriositetsspärr. Vilken inverkan ett för lågt kapitalkrav medförde i relation till reglerna om tvångslikvidation samt värdeöverföringar beaktades också. Aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion tonades samtidigt ned och regeringen ifrågasatte flera av de borgenärsskyddshänseenden som historiskt motiverat aktiekapitalet. En markant sänkning av aktiekapitalet ansågs dock eventuellt kunna öka användningen av diverse säkerheter, exempelvis borgensåtaganden, med risk för en urholkning av den i aktiebolaget inneboende friheten från personligt ansvar. Utifrån en avvägning mellan dessa intressen kom kravet på minsta aktiekapital att sänkas till 50 000 kr.¹²⁴

3.1.2.3 2020 års sänkning – nu gällande kapitalkrav

Skälen och resonemangen bakom det i skrivande stund rådande kapitalkravet på 25 000 kr överlappade i stor utsträckning med de skäl som motiverade 2010 års sänkning.¹²⁵ Inför sänkningen berörde regeringen även sambandet med reglerna om tvångslikvidation respektive värdeöverföringsbegränsningar. Enligt regeringen blev beloppsspärren i 17 kap. 3 § 1 st. ABL av mindre betydelse och försiktighetsregeln i andra stycket av större betydelse vid ett sänkt kapitalkrav.¹²⁶ Regeringen uppmärksammade även att reglerna om tvångslikvidation kunde aktualiseras snabbare vid ett lägre kapitalkrav. Detta ansågs emellertid inte utgöra ett hinder mot en sänkning även om regeringen tyckte att det fanns skäl för en eventuell översyn av reglerna i ett annat sammanhang.¹²⁷

Vad gäller borgenärsskyddsintresset underströk regeringen att förekomsten av ett krav på aktiekapital historiskt ansetts tillhandahålla skydd åt

¹²¹ SOU 2008:49 s. 85 f.

¹²² SOU 2008:49 s. 82 ff.

¹²³ SOU 2008:49 s. 88 ff.

¹²⁴ Prop. 2009/10:61 s. 9 ff. Enligt regeringen utgjorde kapitalkravet ”i praktiken ett klient skydd för de allra flesta borgenärer”, se s. 10.

¹²⁵ Jfr de skäl som återges i prop. 2019/20:21 s. 9 ff.

¹²⁶ För en redogörelse av beloppsspärren respektive försiktighetsregeln, se avsnitt 3.2.2.

¹²⁷ Prop. 2019/20:21 s. 12 ff.

borgenärer. Regeringen uttryckte dock tvivel gällande aktiekapitalets borgenärsskyddsfunktion då dess betydelse för borgenärskollektivet successivt ansågs ha minskat i takt med sänkningar av kapitalkravet. Borgenärsers benägenhet att kräva säkerhet för fordringar gentemot bolag pekade enligt regeringens mening i samma riktning. Vidare ansåg regeringen att det saknades hinder för bolag att välja en storlek på aktiekapitalet som översteg det lagstadgade minimikravet.¹²⁸ Även i relation till icke-anpassande borgenärer bedömde regeringen att det nuvarande kravet knappast hade någon avgörande inverkan. Regeringens sammantagna uppfattning var att borgenärsskyddshänseenden inte utgjorde ”något starkt argument mot en sänkning av kapitalkravet”.¹²⁹ Regeringen ansåg dock att förekomsten av ett kapitalkrav eventuellt motverkade icke genomtänkta bolagsbildningar samt utnyttjandet av aktiebolagsformen för ej skyddsvärda ändamål.¹³⁰

3.1.3 Aktiekapitalet som borgenärsgarant – ”a losing proposition”?

Det är inte bara hos lagstiftaren som det går att se spår av tvivel kring aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion. I den rättsvetenskapliga diskussionen avseende den svenska kapitalskyddsregleringen och dess kapitalkrav har det återkommande anförts kritik mot aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion. Att aktiekapitalet inte medför något skydd åt borgenärerna tycks vara en relativt utbredd uppfattning. En grundläggande invändning mot aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion har varit att dess ringa storlek inte medför något skydd åt bolagets borgenärer.¹³¹

Ytterligare en brist med kapitalkravets utformning har även ansetts vara att det lagstadgade kapitalkravet inte tar någon hänsyn till det faktiska kapitalbehovet i bolaget med beaktande av bolagsspecifika faktorer som exempelvis risk, storlek och skuldsättning.¹³² En annan svaghet som också tagits upp är att aktiekapitalet i grund och botten enbart är en bokföringspost som inte nödvändigtvis motsvaras av bolagets realiserbara tillgångar när eventuell oförmåga från bolaget att betala sina fordringar uppstår.¹³³ Effekterna av valutafluktuationer och inflation har även lyfts som bidragande orsaker till en regelbunden försämring av betydelsen av aktiekapitalet och kapitalskyddsregleringen i stort. Värderingen av redovisningsposter som

¹²⁸ Prop. 2019/20:21 s. 11 f.

¹²⁹ Prop. 2019/20:21 s. 12.

¹³⁰ Prop. 2019/20:21 s. 11 ff.

¹³¹ Jfr resonemang i exempelvis Andersson, 2020, s. 11; Andersson lyfte även denna kritik långt tidigare, Andersson, 1995, s. 137 f. samt Andersson, 1999, s. 38 f.; Sacklén, 1994, s. 140 & 179; Eklund & Stattin, 2021, s. 34 f.

¹³² Jfr resonemang i exempelvis Blad, 2023, 152 f.; Andersson, 2020, s. 71; Andersson, 1999, s. 39 & 137; Andersson, 2005, s. 81; Skog, 2006, s. 72 f.; Forsebäck, 2008/09, s. 203. Forsebäck och Anderssons artikel från 2005 tar utgångspunkt i regleringen av publika aktiebolag men resonemangen har likväl bäring på den principiella frågan om kapitalkravet.

¹³³ Jfr resonemang i exempelvis Bergström & Samuelsson, 2021, s. 221; Macey, 1993, s. 97; Dotevall, 2015a, s. 150; Blad, 2023, s. 142; Forsebäck, 2008/09, s. 209.

exempelvis goodwill och utvecklingskostnader har också ifrågasatts ur ett borgenärsskyddshänseende.¹³⁴

Diskussionen om aktiekapitalet och dess borgenärsskyddande funktion är inte på något sätt unik för den svenska regleringen. I USA avskaffades på delstatsnivå kravet på minsta aktiekapital genom införandet av modellakten Model Business Corporation Act (MBCA) år 1969 och rättsutvecklingen i ett stort antal europeiska länder har successivt gått i samma riktning.¹³⁵ Mot bakgrund av denna utveckling, där en majoritet av medlemsstaterna i EU numera tillåter vissa bolagsformer med ett aktiekapital på 1 euro eller inget aktiekapital, kan den svenska regleringen anses något säregen och avvikande.¹³⁶ Den internationella utvecklingen har givetvis såväl föregåtts av, samt gett upphov till, diskussion i internationell rättsvetenskaplig litteratur. De argument avseende aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion som redogjorts för ovan i en svensk kontext förekommer även i den internationella diskussionen.¹³⁷

Jag anser att det finns fog för de invändningar som lyfts ovan gentemot aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion. Kravet på ett aktiekapital har för svenskt vidkommande funnits lika länge som ABL. Lagstiftaren har historiskt motiverat kapitalkravets förekomst och upprätthållande av flera skäl. Dess funktion av skydd för borgenärens intressen och som spärr mot oseriöst företagande återkommer i förarbetena. Lagstiftarens syn på aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion har samtidigt kommit att förändras med tiden. I samband med att frågan om kravet på minsta aktiekapital åter aktualiserades inför unionsinträdet gav lagstiftaren uttryck för viss ödmjukhet avseende aktiekapitalets borgenärsskyddande funktion. Vid sänkningen till 25 000 kr år 2020 tycks lagstiftaren så gott som ha övergivit tanken på denna funktion.

Enligt min mening är en av de största bristerna med kapitalkravet dess odynamiska utformning. Det går givetvis att i nominella termer diskutera huruvida aktiekapitalet borde vara högre eller lägre men så länge ett kapitalkrav *upprätthålls* blir en sådan diskussion enligt mig underordnad den om kapitalkravets närmare utformning. Genom att kravet inte ställs i relation till det specifika bolagets verksamhet beaktas inte faktorer som bolagets storlek, skuldsättning, likviditet, antalet anställda, konjunkturkänslighet samt andra risker förenade med verksamheten. För ett borgenärskollektiv borde ett aktiebolag som ägnar sig åt riskfylld verksamhet med små marginaler och hög skuldsättning under alla omständigheter vara förenat med större risker samt påkalla ett större behov av säkerhet än ett aktiebolag som saknar skuldsättning

¹³⁴ Jfr exempelvis Andersson, 2020, s. 71 f.; Andersson, 1999, s. 38 f.

¹³⁵ Andersson, 2020, s. 39 ff.; Andersson, 2005, s. 78.

¹³⁶ Lindroos-Moll, 2020, s. 72.

¹³⁷ Jfr exempelvis Rickford, 2006, s. 141 f.; Armour, 2006, s. 17 ff.; Armour, 2000, s. 371 ff.; Macey & Enriques, 2001, s. 1185 ff.; Schon, 2004, s. 436 ff.; Mulbert, 2006, s. 386 f.; Clark, 1977, s. 556 f.

och vars verksamhet är förenad med låg risk. Med kapitalkravets nuvarande utformning blir det tydligt att aktiebolagets borgenärer varken kan eller borde förlita sig på bolagets aktiekapital som någon garant för att bolaget fullgör sina förpliktelser i egenskap av gäldenär. Detta gäller inte minst mot bakgrund av att en överväldigande majoritet av alla nybildade aktiebolag bildas med ett aktiekapital motsvarande den lagreglerade miniminivån.¹³⁸

Lagstiftaren har själv understrukit kapitalkravets i många fall ringa betydelse för såväl anpassande som icke-anpassande borgenärer. Borgenärsskyddsaspekten har således gått från ett framstående skäl för kapitalkravet till något som inte längre utgör ett argument mot en försvagning av detsamma. Det går mot bakgrund därav att fundera över vilken bäring detta har på frågan om kapitalkravets existensberättigande. Lagstiftaren har samtidigt gjort det relativt tydligt att kapitalkravet knappast upprätthålls med hänsyn till dess borgenärsskyddande verkan. Det framstår snarare som att det är synen på aktiekapitalet som en seriositetsspärr samt uppfattningen om att ett kapitalkrav främjar associationsformens goda anseende som ligger till grund för detta. Då aktiekapitalet har reducerats till ett i såväl nominella som reella termer bagatellartat belopp väcks även frågan om vilka konsekvenser detta får för det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i allmänhet, vilket i stor utsträckning utgår från skyddet för det bundna kapitalet.

3.2 Begränsningar i dispositionsfriheten av bolagets kapital

3.2.1 Inledning

I föregående avsnitt har aktiebolagslagens kapitalkrav behandlats. Kapitalkravet blir däremot inte särskilt betydelsefullt i sig självt om det inte förenas med regler till skydd för bolagets bundna kapital och borgenärernas ställning i allmänhet.¹³⁹ Ett sätt för bolagets kapital att försvinna är genom utbetalning till aktieägarna, alternativt tredje man, utan vederlag. Aktiebolagslagen uppställer följaktligen begränsningar av möjligheten till sådana värdeöverföringar. 17 kap. ABL föreskriver gemensamma regler för alla värdeöverföringar och för vissa typer av värdeöverföringar föreskrivs ytterligare bestämmelser i 18-20 kap. ABL.¹⁴⁰ I det följande kommer dessa regler att behandlas och inledningsvis berörs regleringen 17 kap. ABL vilken är en central del av kapitalskyddsreglerna i ABL.¹⁴¹

¹³⁸ Jfr avsnitt 2.1.

¹³⁹ Sandström, 2023, s. 331.

¹⁴⁰ Johansson, 2022, s. 93.

¹⁴¹ Blad, 2023, s. 131.

3.2.2 Värdeöverföringar från bolaget – 17 kap. ABL

Enligt aktiebolagslagen avses med värdeöverföring vinstutdelning, förvärv av egna aktier¹⁴², minskning av aktiekapitalet, den bundna överkursfonden eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna samt annan affärshändelse som resulterar i en minskning av bolagets förmögenhet och som inte har rent affärsmässig karaktär.¹⁴³ De tre första slagen av värdeöverföringar kan benämnas som formenliga eller öppna värdeöverföringar. Den sistnämnda, avseende andra affärshändelser, kan i sin tur benämnas som en formlös eller förtäckt värdeöverföring.¹⁴⁴ Som exempel på formlösa värdeöverföringar nämner förarbetena bland annat avyttring av egendom till underpris, avskrivning av fordringar och in- eller utlåning till en icke marknadsmässig ränta.¹⁴⁵ Avseende formenliga värdeöverföringar föreskriver aktiebolagslagen särskilda bestämmelser om formerna för sådana värdeöverföringar.¹⁴⁶ En stor del av dessa regler är emellertid avsedda att skydda aktieägarna och utgör således minoritetsskyddsregler. Detta innebär att de med vissa undantag kan åsidosättas förutsatt att samtliga aktieägare samtycker till det.¹⁴⁷

Av större betydelse för bolagets borgenärer är istället beloppsspärren och försiktighetsregeln, vilka gäller för alla sorters värdeöverföringar.¹⁴⁸ Dessa är centrala för borgenärsskyddet vid bolagets värdeöverföringar och kan i egenskap av tvingande regler inte åsidosättas genom samtycke från samtliga aktieägare eller bolagsordningen.¹⁴⁹ Enligt beloppsspärren får en värdeöverföring inte ske om det efter överföringen saknas full täckning för det bundna egna kapitalet. Vid beräkning av detta tas utgångspunkt i den senast fastställda balansräkningen med beaktande av eventuella förändringar i det bundna egna kapitalet daterade efter balansdagen.¹⁵⁰ En värdeöverföring måste därutöver framstå som försvarlig med beaktande av de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på det egna kapitalets storlek samt bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Detta ger uttryck för försiktighetsregeln.¹⁵¹ Bestämmelserna är utformade utifrån en

¹⁴² Förvärv enligt 19 kap. 5 § ABL samt tillgångar som överförs i samband med fusion, delning samt gränsöverskridande ombildning av aktiebolag eller utskiftning vid likvidation (se 23-25 kap. ABL) är undantagna från värdeöverföringsbegreppet, jfr 17 kap. 1 § 3 st ABL.

¹⁴³ Jfr 17 kap. 1 § ABL.

¹⁴⁴ Jfr Nerep, 2017, p. 1; Andersson, 2020, s. 103; Jfr Samuelsson, Aktiebolagslagen, 17 kap. 1 § (2023-11-20, Karnov).

¹⁴⁵ Av förarbetetsuttalandet framgår även att affärshändelsens beteckning inte har någon betydelse. Se prop. 2004/05:85 s. 747 f.

¹⁴⁶ Jfr 17 kap. 2 § samt 18-20 kap. ABL.

¹⁴⁷ Skog, 2023, s. 81; Andersson m.fl., Aktiebolagslagen (2023-06-05, version 18, JUNO), 17 kap. 2 § under avsnitt 2 Värdeöverföringar i annan form kan ske om samtliga aktieägare är överens.

¹⁴⁸ Andersson, 2020, s. 168; Skog, 2023, s. 81.

¹⁴⁹ Jfr avsnitt 3.1 om SAS-principen; Bergström & Samuelsson, 2021, s. 227.

¹⁵⁰ Jfr 17 kap. 3 § 1 st. ABL.

¹⁵¹ Jfr 17 kap. 3 § 2 st. ABL. För moderbolag ska även förhållanden i koncernen tas i beaktande vid bedömningen om en värdeöverföring får äga rum, se 3 st. Av 4 § följer även

tanke om att värdeöverföringar inte ska kunna genomföras med större belopp än att den ekonomiska ställningen i bolaget efter värdeöverföringen kan anses betryggande för dess fordringsägare.¹⁵²

Värdeöverföringar i strid med ovan nämnda begränsningar sanktioneras huvudsakligen genom bestämmelserna om återbäringskyldighet respektive bristtäckningsansvar.¹⁵³ Vid en olovlig värdeöverföring har mottagaren som utgångspunkt en skyldighet att återbära vad denne mottagit förutsatt att mottagaren insåg eller borde ha insett att värdeöverföringen stod i strid med ABL.¹⁵⁴ Vid en olovlig formlös värdeöverföring krävs för återbäringskyldighet endast att mottagaren insåg eller borde ha insett att transaktionen utgjorde en värdeöverföring från bolaget.¹⁵⁵ Mottagare av värdeöverföringar tillskrivs samtidigt visst godtrosskydd. Anses en mottagare vara i god tro inträder ingen återbäringskyldighet vilket medför brist vid återbäringen. Sådan brist kan även uppstå för det fall mottagaren saknar betalningsförmåga.¹⁵⁶

Uppkommer det brist vid återbäring ansvarar den eller de som verkställt, upprättat eller medverkat till beslutet alternativt fastställt en oriktig balansräkning till grund för beslutet.¹⁵⁷ För styrelseledamot, VD, särskild granskare, revisor eller lekmannarevisor förutsätts uppsåt eller oaktsamhet för bristtäckningsansvar. För aktieägare eller annan fordras istället grov oaktsamhet eller uppsåt.¹⁵⁸ Bristtäckningsansvar kan därutöver aktualiseras för mottagaren om den haft vetskap om att egendomen härrört från en olaglig värdeöverföring.¹⁵⁹ Endast bolaget eller dess rättighetsinnehavare kan göra återbärings- respektive bristtäckningsansvar gällande. Vid likvidation respektive konkurs kan talan istället föras av en likvidator eller en konkursförvaltare för konkursboets räkning. Borgenärer saknar motsvarande möjlighet.¹⁶⁰

3.2.3 Något om 18-21 kap. ABL

Formerna för formenliga värdeöverföringar regleras särskilt i andra delar av ABL.¹⁶¹ Vinstutdelning regleras i 18 kap. ABL, förvärv av egna aktier i 19 kap. ABL och minskning av reservfond eller aktiekapitalet i 20 kap. ABL.

att förändringar i det bundna egna kapitalet efter senaste årsstämman ska beaktas vid beräkningen av utrymmet för värdeöverföringar.

¹⁵² Prop. 2004/05:85 s. 376-382.

¹⁵³ Johansson, 2022, s. 97.

¹⁵⁴ Detta gäller med undantag för olagliga förvärv av egna aktier, för vilket rättsföljden regleras särskilt i 19 kap. ABL. Återbäringskyldighet kan även aktualiseras vid värdeöverföringar i strid med 18 respektive 20 kap., jfr 17 kap. 6 § ABL.

¹⁵⁵ Jfr 17 kap. 6 § 1 st. 2 men. ABL. Gåvor enligt 17 kap. 5 § ABL är dock undantagna.

¹⁵⁶ Skog, 2023, s. 104.

¹⁵⁷ Jfr 17 kap. 7 § 1 st. ABL.

¹⁵⁸ Jfr 17 kap. 7 § 2 st. ABL.

¹⁵⁹ Jfr 17 kap. 7 § 3 st. ABL.

¹⁶⁰ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 230.

¹⁶¹ Jfr 17 kap. 2 § ABL.

Som utgångspunkt följer av SAS-principen att formföreskrifter för värdeöverföringar uppställda uteslutande till förmån för aktieägarnas skydd kan åsidosättas. I den mån bestämmelserna är uppställda till skydd för borgenärer får de emellertid inte åsidosättas.¹⁶²

Formerna under vilka en formenlig vinstutdelning ska ske regleras som nämnt i 18 kap. ABL. Beslut om vinstutdelning fattas av bolagsstämman. Aktiebolagets styrelse har som utgångspunkt vetorätt vid vinstutdelning förutom då bolagsordningen föreskriver viss skyldighet till utdelning eller då viss utdelning beslutas på yrkande av en aktieägarminoritet.¹⁶³ Andersson lyfter att vetorätten syftar till att skydda anställda och borgenärer genom styrelsens insikt i de ekonomiska förhållandena men anser samtidigt att vetorätten är svår att klassificera som antingen aktieägar- eller borgenärsskyddsregel. Bestämmelsen kan dock ej åsidosättas genom samtliga ägares samtycke.¹⁶⁴

Av särskild betydelse för borgenärsskyddet är kravet på att ett förslag om vinstutdelning ska förenas med ett motiverat yttrande från styrelsen. I yttrandet ska styrelsen ta ställning till huruvida vinstutdelningen är försvarlig enligt försiktighetsregeln.¹⁶⁵ Yttrandet kan även få betydelse om en domstol eller konkursförvaltare i ett senare skede bedömer lagligheten av en värdeöverföring. Enligt Andersson är ändamålet med kravet på yttrande att säkerställa tillämpningen av försiktighetsregeln och dess borgenärsskyddsändamål. Andersson anser inte att detta ändamål gör sig gällande på samma sätt avseende övriga bestämmelser i 18 kap. ABL.¹⁶⁶

I 19 kap. ABL regleras aktiebolagets förvärv av egna aktier. Historiskt har aktiebolagslagen innehållit förbud mot förvärv av egna aktier bland annat i syfte att skydda bolagets borgenärer. Förbudet har motiverats av att ett sådant förvärv ansetts resultera i liknande effekter som en återbetalning till aktieägare i anslutning till att aktiekapitalet minskas och förbudet syftade således till att förhindra kringgåenden.¹⁶⁷ För privata aktiebolag gäller som utgångspunkt att dessa inte får förvärva egna aktier förutom i några i 19 kap. ABL uppställda undantagsfall.¹⁶⁸ Mot bakgrund av att förvärv av egna aktier undantas från det aktiebolagsrättsliga värdeöverföringsbegreppet tillämpas inte borgenärsskyddsreglerna i 17 kap. 3 & 4 §§ ABL vid sådana förvärv.¹⁶⁹

¹⁶² Prop. 2004/05:85 s. 749.

¹⁶³ Jfr 18 kap. 1 § ABL.

¹⁶⁴ Prop. 2004/05/85 s. 749; Andersson, 2020, s. 190 ff.

¹⁶⁵ Jfr 18 kap. 4 § ABL.

¹⁶⁶ Andersson, 2020, s. 191 ff.

¹⁶⁷ Jfr Andersson m.fl, Aktiebolagslagen (2023-06-05, version 18, JUNO), 19 kap. 1 § under avsnitt 1 Allmänt.

¹⁶⁸ Jfr 19 kap. 4 § ABL.

¹⁶⁹ Jfr 17 kap. 1 § 1 st. 2 p. och 19 kap. 5 § ABL; Andersson, 2020, s. 260.

Vad gäller minskning av aktiekapitalet regleras detta i 20 kap. ABL. Aktiekapitalet får minskas i syfte att täcka en förlust då det saknas motsvarande fritt eget kapital, för avsättning till fritt eget kapital samt för återbetalning till aktieägarna.¹⁷⁰ Lagstiftaren har uttalat att en minskning av aktiekapitalet, och följaktligen aktiebolagets bundna egna kapital, i regel försämrar borgenärernas ställning och möjligheterna till minskning är således begränsade.¹⁷¹

När en minskning sker i syfte att täcka en förlust betonar Sandström att inga pengar lämnar bolaget och att det snarare är de dåliga besluten som föregått förlusten som kan utgöra ett orosmoment för bolagets borgenärer. Avseende en minskning för avsättning till fritt kapital kan beloppet emellertid komma att användas till vinstutdelning i ett nästa led och vid en minskning för återbetalning till aktieägarna flyttas förmögenhet från bolaget till aktieägarna.¹⁷² Eftersom en minskning av aktiekapitalet påverkar aktiebolagets egna bundna kapital måste minskningen ske under betryggande förhållanden för bolagets borgenärer. Andersson lyfter att många av bestämmelserna i 20 kap. ABL som utgångspunkt är uppställda i ett borgenärsskyddsintresse och således tvingande.¹⁷³ En minskning av aktiekapitalet för återbetalning till aktieägare måste förenas med ett motiverat yttrande från styrelsen likt vid vinstutdelning enligt 18 kap. ABL.¹⁷⁴ En sådan minskning utgör vidare en värdeöverföring som bland annat måste vara förenlig med beloppsspärren och försiktighetsregeln. Minskning för avsättning till fritt eget kapital utgör däremot i sig ingen värdeöverföring från bolaget, varför 17 kap. ABL först blir tillämpligt då kapitalet nyttjas för en värdeöverföring.¹⁷⁵

3.2.4 Värdeöverföringar, dess begränsningar och borgenärsskydd

Den närmare utformningen av det aktiebolagsrättsliga värdeöverföringsbegreppet och inte minst formlösa eller förtäckta värdeöverföringar har varit föremål för diskussion i doktrin.¹⁷⁶ Nerep har avseende försiktighetsregeln pekat på de, i hans mening, ”stundom oöverstigliga tillämpningssvårigheter” regeln ger upphov till.¹⁷⁷ Lehrberg har på liknande sätt framfört synen att regleringen avseende förtäckta värdeöverföringar utformats på ett sätt som i jämförelse med annan avtals-

¹⁷⁰ Minskning kan också ske i enlighet med förbehåll i bolagsordningen. Jfr 20 kap. 1 § ABL.

¹⁷¹ Prop. 2004/05:85 s. 412.

¹⁷² Sandström, 2023, s. 132.

¹⁷³ Andersson, 2020, s. 229 f.

¹⁷⁴ Jfr 20 kap. 8 § respektive 18 kap. 4 § ABL.

¹⁷⁵ Prop. 2004/05:85 s. 418 ff.; Andersson, 2020, s. 240 f.

¹⁷⁶ Se exempelvis Lehrberg, 2012, Lehrberg, 2013 samt anknytande replik i Andersson, 2014; Nerep, 2009.

¹⁷⁷ Nerep, 2009, s. 50. För en utveckling av Nereps resonemang, se s. 50-67.

och kontraktsrättslig reglering framstår som säreget och komplicerat.¹⁷⁸ Andersson i en replik till Lehrberg ställt sig frågande till huruvida regleringen egentligen vållar några större problem i praktiken. I den mån reglerna kan anses komplexa menar Andersson att det snarare får tillskrivas lagstiftarens upprätthållande av ett föråldrat kapitalskyddssystem än regleringens tekniska utformning.¹⁷⁹ Andersson har berört reglerna om värdeöverföringsbegränsningar i flera sammanhang och uttalat att försiktighetsregeln i jämförelse med skyddet för det bundna egna kapitalet får anses bättre tillgodose en reell borgenärsskyddsfunktion. Andersson lyfter ett verklighetsförankrat scenario där ett bolags skuldsättning uppgår till 100 miljoner kr medan dess aktiekapital uppgår till 50 000 kr. I ett sådant bolag anser Andersson att det bundna egna kapitalet och skyddet därav genom beloppsspärren knappast utgör någon säkerhet gentemot insolvens och insufficiens. I ett sådant scenario erbjuder försiktighetsregeln enligt Andersson ett mer funktionellt skydd då den kräver att hänsyn tas till bolagets reella ekonomiska förhållanden.¹⁸⁰

I relation till detta menar Andersson samtidigt att frågan om reglernas utformning får anses vara såväl samhällsekonomiskt som rättspolitiskt underordnad den om kapitalsystemet och dess effektivitet.¹⁸¹ Ett avgörande med bäring på denna, i Anderssons mening, överordnade fråga är NJA 2015 s. 359 där ett dotterbolag lämnade ett koncernbidrag till sitt moderbolag i form av en avräkning av en fordran gentemot moderbolaget. Efter att dotter- och moderbolaget sedermera gick i konkurs väckte dotterbolagets konkursbo talan om bristtäckningsansvar mot dotterbolagets styrelseledamöter och VD på grunden att koncernbidraget utgjort en olovlig värdeöverföring. Bland annat sänkades ett yttrande i enlighet med 18 kap. 4 § ABL om den föreslagna utdelningens förenlighet med försiktighetsregeln.¹⁸²

Enligt HD:s mening innebar förfarandet inte att moderbolaget tog emot något som kan återbäras enligt 17 kap. 6 § ABL. Med anledning därav kunde något bristtäckningsansvar inte heller aktualiseras. För det fall värdeöverföringen var att anse som olovlig följde istället av allmänna obligationsrättsliga principer att nedskrivningen av fordringen blev ogiltig med följderna att dotterbolaget kunde göra gällande fordringen till sitt ursprungliga belopp.¹⁸³ HD uttalade även att värdeöverföringen, bestående av ett koncernbidrag i form av en avräkning av en fordran, utgjorde en annan affärshändelse enligt

¹⁷⁸ Lehrberg, 2012, s. 542.

¹⁷⁹ Andersson, 2014, s. 7

¹⁸⁰ Andersson, 2020, s. 179 ff.

¹⁸¹ Andersson, 2014, s. 74 ff. Andersson nyanserar dock senare detta uttalande något genom att erkänna och behandla den problematik som kan anses förenad med det aktiebolagsrättsliga värdeöverföringsbegreppet, se s. 79 ff.

¹⁸² Jfr NJA 2015 s. 359 p. 1-5.

¹⁸³ Jfr NJA 2015 s. 359 p. 14-15.

17 kap. 1 § 1 st. 4 p. ABL och skyldighet för styrelsen att lämna ett yttrande enligt 18 kap. 4 § ABL saknades således.¹⁸⁴

Avgörandet har diskuterats i doktrin och även fått en del kritik. Enligt Nerep kan HD:s resonemang få konsekvensen att formkraven i 18 kap. ABL kan frångås vid formlösa värdeöverföringar förutsatt samtliga aktieägares samtycke medan reglerna potentiellt måste beaktas oavsett aktieägarnas samtycke vid formenliga värdeöverföringar. Nerep menar att det resulterar i en ordning där 18 kap. 4 § ABL enbart tillskrivs en funktion av aktieägarskydd i det förstnämnda fallet medan dess borgenärsskyddande funktion får genomslag i det sistnämnda.¹⁸⁵ Från en ekonomisk utgångspunkt anser Andersson att ett koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag bör anses utgöra vinstutdelning. Han sätter också HD:s resonemang i en större kontext av det enligt honom inkonsekventa bruket av begreppet förtäckt vinstutdelning i ABL. Andersson anser att yttrandet vid formenliga vinstutdelningar är en komponent i försiktighetsregelns åsyftade borgenärsskydd. Andersson ifrågasätter även rimligheten i att ett aktiebolags styrelse, med samtliga aktieägares samtycke, ges valmöjligheten att välja bort kravet på yttrande genom en värdeöverföring i förtäckt skepnad. Huruvida en vinstutdelning är öppen eller förtäckt borde enligt Andersson inte tillskrivas någon avgörande betydelse i sammanhanget och enligt honom borde åtminstone 18 kap. 4 § ABL ges analog tillämpning på förtäckta värdeöverföringar.¹⁸⁶

I en artikelserie i Dagens juridik har advokat Michele Fara kommenterat avgörandet. Ur ett borgenärsperspektiv anser Fara att omständigheten att bolaget skrev ned sin fordran istället för att kräva betalning är av större betydelse än hur förfarandets tekniska utformning klassificeras. Enligt Fara innebär HD:s tolkning att bestämmelsen om bristtäckningsansvar potentiellt kan sättas ur spel genom ett förfarande där aktiebolag, istället för en formenlig vinstutdelning, väljer att i ett första led låna ut pengar för att därefter skriva av sin fordran. Mot bakgrund av detta anser Fara att avgörandet kan ha exponerat ett kryphål i kapitalskyddsreglering.¹⁸⁷

Mot bakgrund av Nereps resonemang ovan kan HD-avgörandet eventuellt få följden att formlösa överföringar till stora värden inte behöver ske enligt 18 kap. ABL medan formenliga vinstutdelningar till obetydliga belopp behöver beakta dessa bestämmelser. Detta utgör enligt min mening en tveksam ordning ur ett borgenärsskyddshänseende. Som Fara betonat är det för borgenärer sannolikt av större betydelse att värden har lämnat bolaget än hur

¹⁸⁴ Jfr NJA 2015 s. 359 p. 16-18.

¹⁸⁵ Nerep, 2017, p. 11-13; Andersson för även ett liknande resonemang, se Andersson, 2017, s. 133.

¹⁸⁶ Andersson, 2017, s. 103 f. samt 127 ff. Se även Anderssons resonemang på s. 94 f. där han hänvisar till förarbetsuttalanden enligt vilka lagstiftaren tycks utgå från en tillämpning av vissa formkrav i 18 kap. ABL vid förtäckta värdeöverföringar, jfr prop. 2004/05:85 s. 749.

¹⁸⁷ Fara, 2016.

värdeöverföringen klassificeras aktiebolagsrättsligt. Jag anser vidare, likt Andersson, att det mot bakgrund av försiktighetsregelns borgenärsfrämjande ändamål framstår som motsägelsefullt att förekomsten eller avsaknaden av ett yttrande enligt 18 kap. 4 § ABL görs avhängigt på aktieägarnas goda vilja. Försiktighetsregeln utgör en tvingande borgenärsskyddsregel och NJA 2015 s. 359 innebär enligt mig ett steg i en försvagande riktning av dess borgenärsskyddande funktion. En olycklig konsekvens av avgörandet kan bli att kapitalskyddsregleringen, likt Fara antyder, i viss mån kan kringgås baserat på hur aktiebolaget väljer att genomföra en värdeavyttring. Mot bakgrund av den kritik som riktats mot avgörandet, dess återhållsamma domskäl samt de för avgörandet motsägelsefulla förarbetsuttalandena¹⁸⁸ går det samtidigt att diskutera om 18 kap. 4 § ABL trots allt kan ges en analog tillämpning vid förtäckta värdeöverföringar. Andersson tycks vara av uppfattningen att så åtminstone borde vara fallet.

Reglerna om värdeöverföringsbegränsningar fyller en nödvändig funktion i kapitalskyddssystemet. Avseende regleringens utformning delar jag Anderssons syn på att försiktighetsregeln är av större betydelse ur ett borgenärsskyddshänseende än beloppsspärren. Kapitalkravet har i tidigare avsnitt beskrivits som odynamiskt¹⁸⁹ och enligt mig kan beloppsspärren anses förenad med samma svaghet. Beloppsspärrens eventuella brister i detta hänseende kompenseras dock till viss del genom att värdeöverföringar även måste ske med beaktande av försiktighetsregeln, vilken framstår som betydligt mer ändamålsenlig ur borgenärsskyddssynpunkt. Även om försiktighetsregeln möjligtvis kan medföra vissa tillämpningssvårigheter utgör den på samma gång exempel på ett mer dynamiskt borgenärsskydd.¹⁹⁰ Samtidigt får beloppsspärrens funktion till viss del ses i ett sammanhang av kapitalkravets utveckling. En urholkning av aktiekapitalets storlek medför oundvikligen en liknande effekt avseende beloppsspärren, något regeringen även uppmärksammat.¹⁹¹ Beloppsspärren kan knappast förväntas medföra något nämnvärt borgenärsskydd om inte det aktiekapital som spärren avser att skydda gör det.

3.3 Tvångslikvidation

3.3.1 Inledning

Förutom genom olika kapitaldispositioner kan bolagets egna kapital även minska genom förlustbringande verksamhet. Med hänsyn till

¹⁸⁸ Jfr hänvisningen till förarbetsuttalandet i fotnot 169.

¹⁸⁹ Jfr avsnitt 3.1.3.

¹⁹⁰ Klargörande praxis över regleringen är givetvis till gagn för såväl bolag som borgenärer. Högsta domstolens dom 2023-11-02 i mål T 8040-21 (Foxhouse holding) utgör således en välkommen vägledning för tillämpningen. I domen tar HD ställning till frågor avseende tillämpligheten av beloppsspärren, försiktighetsregeln samt återbäringskyldighet och bristtäckningsansvar.

¹⁹¹ Jfr avsnitt 3.1.2.2.

borgenärsskyddsintressen har det ansetts nödvändigt med en bortre gräns för i vilken utsträckning ett bolags förlustbringande verksamhet kan fortgå innan den behöver upphöra genom likvidation. Regleringen i 25 kap. 13-20 a §§ ABL om tvångslikvidation vid kapitalbrist kan sägas utgöra denna gräns.¹⁹² Kapitalbristreglerna syftar till att främja en avveckling av bolaget och dess verksamhet i ett skede där tillgångarna fortfarande täcker betalning av bolagets skulder.¹⁹³ I korthet innebär regleringen att om bolagets egna kapital understiger hälften av dess registrerade aktiekapital måste styrelsen agera i enlighet med ett i kapitlet föreskrivet handlingsmönster. För det fall styrelsen underlåter att agera i enlighet därmed inträder ett solidariskt medansvar för de förpliktelser som uppstår för bolaget från och med underlåtelser.¹⁹⁴

Mot bakgrund av detta menar Lindskog att medansvaret har en handlingsdirigerande funktion. Lindskog identifierar vidare tre intressegrupper och därtill förenade intressen som ligger bakom regleringen. Inledningsvis tar *avvecklingsintresset* sikte på bolagets befintliga borgenärer och syftar att få till en avveckling av bolaget i ett tidigt skede så bolagets kapital inte konsumeras fullt ut. Därutöver finns ett *varningsintresse* enligt vilket tillkommande borgenärer samt aktieägare anses ha ett intresse av att varnas om bolagets kapitalbrist. Slutligen menar Lindskog att det även finns ett *rådsumsintresse* varigenom aktieägarna ges tid för att vidta lämpliga åtgärder.¹⁹⁵ I det följande ges en kort redogörelse för regleringen.

3.3.2 Förfarandet då det föreligger skäl att anta kapitalbrist

Inledningsvis ska styrelsen omgående upprätta en kontrollbalansräkning då det finns skäl att anta att bolagets eget kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. Kontrollbalansräkningen ska även granskas av bolagets revisor.¹⁹⁶ Om kontrollbalansräkningen, beräknat enligt 14 §, visar att bolagets egna kapital understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet måste styrelsen så snart som möjligt kalla till en första kontrollstämma där kontrollbalansräkningen och ett revisorsyttrande ska läggas fram. Bolagsstämman ska sedan ta ställning till huruvida bolaget ska likvideras.¹⁹⁷ När bolagets aktieägare informeras om den ekonomiska situationen vid den

¹⁹² Lindskog, 2023, s. 17 f.

¹⁹³ SOU 2023:34 s. 394; Andersson m.fl, Aktiebolagslagen (2023-06-05, version 18, JUNO), 25 kap. 13 § under avsnitt 1 Tvångslikvidation på grund av kapitalbrist.

¹⁹⁴ Lindskog, 2023, s. 19 ff.

¹⁹⁵ Lindskog, 2023, s. 22 f.; Se även HD om avvecklings- respektive varningsintresset i NJA 2018 s. 602 p. 15-16 i vilket Lindskog deltog samt uttalanden i prop. 1975:103 s. 501 och prop. 2000/01:150 s. 35 om aktieägarnas intresse av tid för att vidta åtgärder (rådsumsintresset).

¹⁹⁶ Motsvarande skyldighet uppstår även saknas tillgångar till full betalning av en utmättningsfordring vid verkställighet i enlighet med 4 kap. utsökningsbalken (1981:774) (UB), jfr 25 kap. 13 § ABL.

¹⁹⁷ Jfr 25 kap. 15 § ABL. Enligt 14 § tillåts vissa avsteg från sedvanliga redovisnings- och försiktighetsprinciper. För en mer ingående behandling av detta, se Lindskog, 2023, s. 62 ff.

första kontrollstämman utlöses i regel den s.k. rådrumsfristen, inom vilken aktieägarna ges möjlighet att besluta hur bolaget bör hantera kapitalbristen.¹⁹⁸

Om stämman beslutar att bolaget inte ska likvideras och kontrollbalansräkningen samtidigt visar att det egna kapitalet inte uppgår till minst det registrerade aktiekapitalet måste ytterligare en prövning av frågan ske inom åtta månader på en andra kontrollstämma. En ny kontrollbalansräkning ska då upprättas samt läggas fram med revisorsyttrande.¹⁹⁹ Kritisk kapitalbrist kan sägas föreligga då det egna kapitalet understiger hälften av det registrerade aktiekapitalet. För att förhindra likvidation efter upprättandet av den första kontrollbalansräkningen fordras däremot att hela kapitalbristen läkts, närmare bestämt att det egna kapitalet minst uppgår till det registrerade aktiekapitalet.²⁰⁰ I regel utgör tiden som löper mellan den första och andra kontrollstämman den så kallade rådrumsfristen, vilken som utgångspunkt är åtta månader.²⁰¹ Under rådrumsfristen kan bolagets styrelse och aktieägare antingen avveckla bolaget genom likvidation eller läka bolagets kapitalbrist.²⁰² Aktieägarna kan läka kapitalbristen på flera sätt. Som exempel kan nämnas vinstdrivande verksamhet, minskning av aktiekapitalet, nyemission till överkurs, aktieägartillskott eller utställandet av ett kapitaltäckningsåtagande.²⁰³ Om den andra kontrollbalansräkningen inte utvisar att kapitalbristen läkts, eller om styrelsen inte agerar i enlighet med det handlingsmönster som föreskrivs i 16 §, ska styrelsen ansöka om likvidation hos allmän domstol.²⁰⁴

Underlåter styrelsen att uppfylla sina skyldigheter enligt kapitalbristreglerna blir dess ledamöter solidariskt ansvariga för samtliga förpliktelser som bolaget ådrar sig under den tid underlåtenheten består. Sådant ansvar kan även aktualiseras för den som agerar på bolagets vägnar med vetskap om styrelsens underlåtenhet.²⁰⁵ Detta kan benämnas som ett medansvar och inträder oberoende av huruvida underlåtenheten orsakar någon skada för bolagets borgenärer.²⁰⁶ Medansvar förutsätter oaktsamhet och kan en styrelseledamot eller den som agerar på bolagets vägnar exculpera sig utgå inget ansvar.²⁰⁷ Även aktieägare kan träffas av medansvar om de, med vetskap om att en

¹⁹⁸ Lindskog, 2023, s. 92-100; Rådrumsfristens inträdande är dock en mer komplicerad fråga än vad som möjligtvis framgår vid en första anblick, se exempelvis NJA 2012 s. 858. För en diskussion avseende rådrumsfristens inträdande, se Lindroos-Moll, 2023 och särskilt fotnot 5.

¹⁹⁹ Jfr 25 kap. 16 § ABL.

²⁰⁰ Andersson, 2020, s. 372 f.

²⁰¹ Lindskog, 2023, s. 101.

²⁰² Jfr 25 kap. 16 § ABL.

²⁰³ Andersson, 2020, s. 374; Vilken verkan ett kapitaltäckningsåtagande får i relation till kapitalbristreglerna har dock varit föremål för diskussion, se exempelvis Samuelsson, 2012.

²⁰⁴ Jfr 25 kap. 17 § ABL.

²⁰⁵ Jfr 25 kap. 18 § 1 st. ABL. Närmare bestämt inträder solidariskt ansvar för styrelsens ledamöter vid underlåtenhet att agera i enlighet med 25 kap. 13, 14, 15 & 17 §§ ABL.

²⁰⁶ Lindskog, 2023, s. 26 f.

²⁰⁷ Jfr 25 kap. 18 § 3 st. ABL.

skyldighet för bolaget att likvideras föreligger, tar del i beslut om att låta bolagets verksamhet fortgå.²⁰⁸ Medansvaret är försett med undantag i några i lagen angivna fall och kan även komma att preskriberas.²⁰⁹

3.3.3 Tvångslikvidation – att hjälpa eller stjälp borgensägare?

Utifrån den kategorisering av Linskog som presenterats ovan framgår att regleringen tillgodoser intressen hos såväl befintliga och tillkommande borgensägare som aktieägare.²¹⁰ I relation till detta förtjänar Nereps uttalande om att intressena hos befintliga respektive tillkommande borgensägare i mångt och mycket sammanfalla, om än med något olika tyngdpunkter, att nämnas.²¹¹ Lindroos-Moll lyfter att det av förarbetena framgår att regleringen om tvångslikvidation primärt motiverats av att skydda bolagets borgensägare.²¹² Samtidigt har kapitalbristreglernas utformning och åsyftade borgensägarskydd varit föremål för omfattande kritik under lång tid.

I relation till befintliga borgensägare lyfter Linskog att regleringen ämnar att främja en tidig och ordnad avveckling av bolaget för att skydda dess kapital.²¹³ Lindroos-Moll erkänner detta som ett legitimt borgensägarsintresse samt anser att det framgår av såväl förarbetena och doktrin som praxis. Mot bakgrund av kapitalbristreglernas konstruktion anser Lindroos-Moll emellertid att kapitalbrist inte är ett ändamålsenligt instrument för att avgöra ett aktiebolags utsikter till överlevnad. Lindroos-Moll menar att en soliditetsprövning ger en bättre bild av ett bolags långsiktiga betalningsförmåga än den sufficiensprövning som utlöser kapitalbristreglerna, vilken knappast ger samma insikt i bolagets behov av avveckling och ekonomiska ställning.²¹⁴ En liknande diskussion om regleringen i relation till sufficiens- kontra solvensbegreppen samt svagheter med en sufficiensbaserad bedömning har även tidigare förts i lagstiftnings-sammanhang.²¹⁵

Engerstedt och Svernlöv har på liknande sätt resonerat att en olägenhet med regleringen är att den utgår från bolagets insufficiens snarare än insolvens.²¹⁶ På samma tema lyfter Linskog att avvecklingsintressets underordnade

²⁰⁸ Jfr 25 kap. 19 § ABL.

²⁰⁹ För förutsättningarna för undantag och preskription, se 25 kap. 20 & 20a §§ ABL.

²¹⁰ Jfr avsnitt 3.3.1 och hänvisning däri; Se även Nerep, 2003, s. 470 f. Nerep framför att regleringen primärt skyddar befintliga respektive tillkommande borgensägare och sekundärt aktieägare; Blad tycks, med hänvisning till Nerep, vara av samma uppfattning. Se Blad, 2023, s. 242.

²¹¹ Nerep, 2003, s. 470 ff.

²¹² Lindroos-Moll, 2020, s. 78. Lindroos-Moll hänvisar till förarbetsuttalanden i prop. 2000/01:150 s. 34 samt prop. 1975:103 s. 2017.

²¹³ Jfr avsnitt 3.3.1.

²¹⁴ Lindroos-Moll, 2020, s. 79 f.; Sacklén anser i likhet med Lindroos-Moll att sufficiens knappast är den lämpligaste måttstocken för att bedöma ett bolags eventuella betalningssvårigheter, se Sacklén, 1994, s. 152.

²¹⁵ SOU 2008:49 s. 91.

²¹⁶ Engstedt & Svernlöv, 2009, s. 44 f.

prioritet kan ses i ljuset av att kapitalbristregleringen och ABL i stort inte uppställer några krav avseende aktiebolags grad av konsolidering. Vid kapitalbrist kan exempelvis ett förlustdrabbat bolag med ansenlig verksamhet och stor kapitalbas företa bokföringsåtgärder, i form av en minskning av aktiekapitalet till lagens minimikrav, och ”ta bort” kapitalbristen samt skapa sig en rådrumsfrist på åtta månader.²¹⁷

Lindroos-Moll berör på ett belysande sätt hur lång tid som kan fortlöpa från inträffad kapitalbrist till det skede där bolaget likvideras till följd av kapitalbrist som inte läkts. Enligt Lindroos-Moll kan det passera ungefär ett år mellan inträffad kapitalbrist och en rättidig likvidation. Borgenärsskyddet i form av utdelning till borgenärer vid tvångslikvidation ett år efter att bolaget enligt kapitalbristreglerna signalerat om ekonomiska problem måste i detta hänseende anses väldigt svagt.²¹⁸

Underlåtelse att agera i enlighet med kapitalbristreglernas handlingsmönster sanktioneras som tidigare nämnts genom uppkomsten av ett medansvar för de förpliktelser som bolaget ådrar sig under den tid underlåtenheten pågår. Medansvaret aktualiseras emellertid enbart i relation till bolagets tillkommande förpliktelser och således omfattas inte förpliktelser gentemot redan befintliga borgenärer. I relation till detta betonar Lindskog att medansvaret i första hand ämnar att verka handlingsdirigerande²¹⁹, vilket till viss del förklarar att medansvaret inte gäller gentemot befintliga bolagsborgenärers fordringar. Lindskog lyfter även att ett åsidosättande av kapitalbristreglerna kan aktualisera skadeståndsansvar mot skadelidande borgenär enligt 29 kap. 1 § ABL.²²⁰ Mot bakgrund av det föregående skulle regleringen kunna anses ge skydd främst åt tillkommande borgenärer. Nerep poängterar dock att även befintliga borgenärer kan erhålla visst skydd genom att bolaget agerar enligt kapitalbristreglerna samt att många befintliga borgenärer även är potentiella sådana.²²¹

Samtidigt har vissa ställt sig frågande till i vilken mån borgenärer, såväl befintliga som tillkommande, faktiskt ges skydd genom tvångslikvidationsförfarandet. Macey lyfter att borgenärer i vissa fall kan ha mer att förlora på att ett bolag med kapitalbrist träder i likvidation än av att det inte gör det. Enligt Macey medför regleringen därutöver stora administrativa kostnader vilka inte nödvändigtvis överväger fördelarna med

²¹⁷ Jfr Lindskog, 2023, s. 23 f.; För liknande resonemang, se exempelvis Lindroos-Moll, 2020, s. 79 f.; Sacklén, 1994, s. 151 f.; Andersson, 2020, s. 360 f.; SOU 2008:49 s. 91.

²¹⁸ Lindroos-Moll, 2020, s. 186 f.; För ett liknande men mer kortfattat resonemang, se även Sacklén, 1994, s. 152.

²¹⁹ Jfr avsnitt 3.3.1.

²²⁰ Lindskog, 2023, s. 24.

²²¹ Nerep, 2003, s. 471 ff.; För liknande resonemang, se även Blad, 2023, s. 246 f. samt Nerep m.fl., Aktiebolagslagen (2021-09-01, Lexino) 25 kap. 13 § under avsnitt 2.1 *Rättspolitisk bakgrund*.

likvidationsförfarandet.²²² Andersson framför att den ringa storleken på kravet på minsta aktiekapital om 25 000 kr innebär att kritisk kapitalbrist i många fall uppstår vid en nivå om 12 499 kr.²²³ Andersson menar, på liknande vis som Macey, att bolag sannolikt lägger mer kapital på att följa regleringens påbud än den mängd kapital som till följd därav finns kvar i bolaget åt borgenärerna. Enligt Anderssons mening är ett bevarat kapital om 12 500 kr så gott som betydelselöst ur borgenärsskyddssynpunkt.²²⁴ Lindroos-Moll menar i likhet med Andersson, mot bakgrund av kapitalkravets ringa storlek, att regleringens funktion som borgenärsskydd på goda grunder kan ifrågasättas.²²⁵

Dotevall anför att kapitalbristreglernas hänvisning till aktiekapitalet som måttstock för ett bolags behov av kapitaltillskott och ekonomiska förhållanden inte är särskilt användbar. Dotevall ställer sig även frågande till huruvida omständigheten att bolagets egna kapital understiger hälften av dess registrerade kapital är en lämplig startpunkt för kapitalbristreglernas krav på aktivitet och åtgärder.²²⁶ Utöver Dotevall är det fler som ställt sig frågande till om kapitalbristreglerna i dess nuvarande utformning förmår att fånga upp ekonomiska varningssignaler i rätt tid.²²⁷

Gentemot tillkommande borgenärer lyfter Lindskog fram ett för regleringen bakomliggande intresse av att varnas för bolagets kapitalbrist. Dotevall har bland annat framfört att en svaghet i detta hänseende är kapitalbristregleringens avsaknad av krav på att bolagsföreträdarna ska meddela bolagets borgenärer eller tredje man om såväl kapitalbristen som bolagets ekonomiska förhållanden. Det finns därutöver ingen skyldighet för bolaget att offentliggöra kontrollbalansräkningen.²²⁸ Nerep, Adestam och Samuelsson menar på liknande vis att kontrollbalansräkningen visserligen ska läggas fram på bolagsstämman men att det samtidigt saknas skyldighet att på annat sätt offentliggöra den. Kapitalbristreglerna ålägger vidare inte styrelseledamöterna eller någon annan informationsförpliktelser avseende bolagets förhållanden. Mot bakgrund därav anser Nerep, Adestam och Samuelsson att varningsintresset snarast får betraktas som ett intresse för borgenärerna av att bolaget likvideras så att de därigenom framgent slipper

²²² Macey, 1993, s. 95 f.

²²³ Andersson, 2020, s. 360 f.

²²⁴ Andersson, 2020, s. 358 ff. Andersson anser, något tillspetsat, att det vore såväl billigare som mer rationellt att ägna sig åt blåbärsplockning än för att följa proceduren i 25 kap. ABL om tvångslikvidation, med undantag de risker medansvaret för med sig, se s. 360 f.; För liknande resonemang om det bevarade aktiekapitalet som klen borgenärströst, se Blad, 2023, s. 241.

²²⁵ Lindroos-Moll, 2020, s. 363.

²²⁶ Dotevall, 2015b, s. 31.

²²⁷ Se exempelvis Sacklen, 1994, s. 152; Forsebäck, 2008/08, s. 205; Lindskog, 2023, s. 22 & 25.

²²⁸ Dotevall, 2015b, s. 30; För en utveckling av resonemanget med beaktande av redovisningsmässiga aspekter, se Lindroos-Moll, 2023, s. 81; Se även Pehrson, 2005/06, s. 671 för liknande resonemang.

att erhålla förpliktelser gentemot det.²²⁹ Ytterligare en aspekt av relevans för kapitalbristreglernas borgenärsskyddande funktion som bland annat lyfts av Lindskog är att bolagets borgenärer saknar rätt att ansöka om bolagets likvidation när en likvidationsplikt till följd av kapitalbrist är för handen.²³⁰

3.3.4 SOU 2023:34 – startskottet för en kursförändring?

Behovet av en översyn av regelverket har på senare tid även uppmärksammats av lagstiftaren.²³¹ Genom tillsättandet av en utredning i december 2021 om åtgärder för att motverka att aktiebolag och andra företag används för brott kom frågan slutligen att bli föremål för en utredning.²³² I utredningen, som kom i juni 2023, föreslås att reglerna för tvångslikvidation vid kapitalbrist avskaffas. Utredningen konstaterar att den traditionella synen på aktiekapitalet som borgenärsskydd numera saknar fog för sig till följd av såväl nominella som reella sänkningar av kapitalkravet. Vidare konstateras att aktiekapitalet i nästan alla registrerade aktiebolag motsvarar det rådande minimikravet.²³³

Mot bakgrund av att reglerna om tvångslikvidation inte längre anses ändamålsenliga föreslås istället att en ny bestämmelse införs i anknytning till stadgandet i 8 kap. 4 § 2 st. ABL. I dess nuvarande form föreskriver bestämmelsen en skyldighet för styrelsen att fortlöpande bedöma bolagets och, om bolaget är moderbolag i en koncern, koncernens ekonomiska situation.²³⁴ Bestämmelsen ska enligt utredningens förslag ges innebörden att styrelsen även ska beakta huruvida bolagets eget kapital samt likviditet motsvarar vad som krävs med hänsyn till verksamhetens art, omfattning och risker. Om detta inte anses vara fallet, föreslås en skyldighet enligt 8 kap. 6 § ABL för styrelsen att omgående behandla frågan samt kalla till bolagsstämma där den ekonomiska ställningen i bolaget samt styrelsens föreslagna åtgärder ska redogöras för. Vid ett eventuellt åsidosättande av denna skyldighet aktualiseras primärt ett skadeståndsansvar enligt reglerna i 29 kap. ABL vilket enligt utredningen medför ett skydd för bolagets borgenärer. Förslaget anses medföra ett skifte i fokus från bolagets sufficiens till dess solvens samt likviditet och utgör enligt utredningen en förstärkning av det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet.²³⁵

I skrivande stund har lagstiftningsarbetet ännu inte resulterat i någon proposition och det återstår att se hur regeringen väljer att förhålla sig till

²²⁹ Nerep m.fl., Aktiebolagslagen (2021-09-01, Lexino) 25 kap. 18 § under avsnitt 2.7.1 *Allmänt*. Hänvisning görs däri även till uttalanden av HD om att kapitalbristreglerna inte konstruerats så att bolagets borgenärer ges varning om bolagets kapitalbrist, se exempelvis NJA 2013 s. 725 p. 8.

²³⁰ Lindskog, 2020, s. 24.

²³¹ Jfr exempelvis prop. 2009/10:61 s. 61 och prop. 2019/20:21 s. 14.

²³² Jfr dir. 2021:115.

²³³ SOU 2023:34 s. 411 f.

²³⁴ Jfr 8 kap. 4 § 2 st. ABL.

²³⁵ SOU 2023:34 s. 411 ff.

utredningens förslag. Remissinstanserna gavs möjlighet att inkomma med svar till Justitiedepartementet fram till den 15 december 2023 och tycks överlag tillstyrka utredningens förslag. Ett flertal av remissinstanserna som tillstyrkt förslaget har samtidigt påpekat vissa vagheter avseende omfattningen av styrelsens ansvar samt efterfrågat tydliggöranden i dessa hänseenden.²³⁶ Enligt min mening är utredningens förslag välkommet och i linje med delar av den kritik som framförts gentemot kapitalbristregleringen. Ur ett borgenärsskyddsperspektiv torde en reglering likt den utredningen föreslår vara lämpligare, effektivare och mer ändamålsenlig än de befintliga kapitalbristreglerna. Som redogjorts för ovan har kritik riktats från flera håll gentemot den sufficiensbedömning som kapitalbristreglerna utgår från. Utredningens förslag medför att bedömningen istället tar sikte på solvens och likviditet. Mot bakgrund av kapitalkravets storlek anser utredningen att det inte längre går att motivera reglerna ur ett borgenärsskyddshänseende och jag är av samma uppfattning. Eftersom den stora majoriteten av aktiebolag bildas med ett aktiekapital motsvarande lagens minimikrav är det enligt mig varken ändamålsenligt eller effektivt att upprätthålla en kapitalbristreglering i dess nuvarande utformning. Mot bakgrund av det ovan anförda delar jag således uppfattningen inom den rättsvetenskapliga litteraturen vilken förespråkat solvens och likviditet framför sufficiens som ”måtstock” för ett bolags ekonomiska förhållanden och eventuella behov av åtgärder.

Av förarbetsuttalandena att döma tycks kapitalbristreglernas tilltänkta funktion huvudsakligen vara att tillhandahålla ett skydd för bolagets borgenärer. Enligt mig misslyckas dock lagstiftaren att skydda såväl befintliga som tillkommande borgenärer av flera anledningar. Regleringens huvudsanktion i form av medansvar omfattar inte förpliktelser gentemot befintliga borgenärer. En tvångslikvidationsförfarande kan dessutom, likt Lindroos-Moll belyst, pågå under lång tid och mot bakgrund därav är det tveksamt i vilken mån det finns medel kvar för utdelning till dessa borgenärer vid likvidation. I den mån lagstiftaren velat skydda potentiella eller blivande borgenärer medför såväl grunden för handlingspliktens inträdande (kritisk kapitalbrist) som regleringens avsaknad av informationsplikt att dessa borgenärer knappast kan förlita sig på regleringen som tillfredsställande varningsklocka. Regleringen och dess komplexitet torde därutöver medföra kostnader för bolaget. I relation till regleringens ”skyddsobjekt”, i form av ett aktiekapital om 12 499 kr, instämmer jag med de farhågor som framförts gällande regleringens kostnad i relation till den eventuella vinningen. Skulle utredningens förslag få gehör hos lagstiftaren vore en lagändring i enlighet därmed, med beaktande av remissinstansernas synpunkter, ett steg i rätt riktning för kapitalskyddssystemets vidkommande. Det skulle samtidigt

²³⁶ Se remissvar till SOU 2023:34, Dnr Ju 2023/01611. Ett fåtal remissinstanser har avstyrkt utredningens förslag mot bakgrund av vissa befarade praktiska svårigheter och vagheter med förslaget. I skrivande stund utgör dessa remissinstanser Skatteverket, FAR, Ekobrottsmyndigheten samt Svensk Inkasso.

kunna utgöra ett steg mot ett mer effektivt, ändamålsenligt och reellt aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd.

3.4 Avslutning

Kapitalkravet, reglerna om värdeöverföringsbegränsningar samt reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist utgör olika delar av kapitalskyddsregleringen. Inte minst aktiekapitalet och kapitalbristreglerna kan kritiseras ur ett borgenärsskyddsperspektiv. Vad gäller bolagets kapitalbrist har en utredning nu föreslagit en reform av regleringen och hur lagstiftaren förhåller sig därtill återstår att se. Utifrån redogörelsen av kapitalskyddsregleringen i detta kapitel kommer följande kapitel att behandla frågan om behovet av detsamma. Som ett led i detta sätts även den nyansering av borgenärskollektivet som presenterades i avsnitt 2.3 i relation till frågan om kapitalskyddssystemets utformning.

4 Kapitalskyddssystemets subjekt och objekt

4.1 I vilken utsträckning skyddar borgenärer sig själva?

4.1.1 Inledning

Som behandlats i avsnitt 2.3 kan ett aktiebolags borgenärer ha olika grund för sitt borgenärskap. På liknande vis kan borgenärers möjligheter att erhålla skydd och på så sätt påverka sannolikheten för att få betalt för sin fordran variera. Utöver det skydd som lagstiftaren tillskriver borgenärerna genom regleringen i ABL finns det för vissa borgenärer ytterligare sätt att skydda sina intressen. Enligt Sacklén's mening är dessa av avsevärt större betydelse för borgenärerna än borgenärsskyddsreglerna i ABL.²³⁷ Oaktat detta torde en borgenärs möjligheter att skydda sig själv, och i vilken mån den i själva verket gör så, ha bäring på vilken grad av skyddsbehov borgenären har. Andersson konstaterar att *frivilliga* borgenärer i många fall både har möjlighet att skydda sig och de facto gör så gentemot gäldenärer med undantag för vissa icke-anpassande frivilliga borgenärer. För *ofrivilliga* borgenärer bör däremot samma möjlighet att säkerställa skydd avtalsvägen i många fall saknas.²³⁸ Vilken möjlighet till självskydd ("self-help") en borgenär förfogar över står i centrum för distinktionen mellan anpassande och icke-anpassande borgenärer.²³⁹

Spår av samma synsätt avseende borgenärers skyddsbehov kan skönjas i uttalanden från HD som gavs anledning att beröra frågan i ett mål avseende aktieägares ansvar för bolagets förpliktelser i processbolag. Domstolen lyfte att frivilliga borgenärers skyddsbehov fick anses tillgodosett av aktiebolagslagens regler sett till att sådana borgenärer typiskt sett har möjlighet att utvärdera bolagets ställning. Enligt domstolens mening fanns det dock avseende ofrivilliga borgenärer ett behov av förstärkt rättsskydd i vissa fall.²⁴⁰ Även om avgörandet avsåg ansvarsgenombrottsinstitutet kan HD:s uttalande ändå anses illustrerande för synen på olika borgenärer och deras skyddsbehov.

4.1.2 Frivilliga borgenärers möjlighet till självskydd

Frivilliga borgenärer karakteriseras av att det föreligger eller skulle kunna föreligga en kontraktuell relation med bolaget. Ett sätt för dessa borgenärer

²³⁷ Sacklén, 1994, s. 155.

²³⁸ Andersson, 2020, s. 68 ff.

²³⁹ Jfr avsnitt 2.3; Se exempelvis Mulbert, 2006 som använder termen "creditor self-help" för att beskriva hur borgenärer skyddar sig.

²⁴⁰ NJA 2014 s. 877 p. 10.

att skydda sina intressen är genom avtal.²⁴¹ En frivillig borgenär som med hänsyn till faktorer som risk och transaktionskostnad har möjlighet justera avtalsvillkoren utgör även en anpassande borgenär och kan i egenskap av sådan exempelvis begära säkerhet eller avtala om lämplig räntesats. I linje med detta kan ett aktiebolag som i egenskap av gäldenär godtar vissa av borgenären uppställda villkor eller begränsningar erhålla en lägre räntesats.²⁴² För en frivillig borgenär finns som utgångspunkt även möjligheten att avstå från att ingå i ett avtalsförhållande med en gäldenär för det fall risken bedöms överväga den potentiella vinsten med transaktionen.²⁴³

Banker eller andra kreditgivare som vid utgivning av kredit eller penninglån anpassar villkoren utefter den risk de bedömer att transaktionen är förenad med utgör exempel på en frivillig anpassande borgenär. Sådana borgenärer kan skaffa sig en bild av bolaget genom kreditupplysningar samt uppställa krav på att bolaget ska ha viss likviditet och soliditet.²⁴⁴ Forsebäck lyfter att kreditbedömningar i regel tar sikte på faktorer som betalningsduglighet, med beaktande av exempelvis lönsamhet, framtida utsikter, betalningshistorik och inte minst likviditet. Forsebäck menar samtidigt, med hänvisning till viss empiri, att storleken på bolagets aktiekapital knappast tillmätts samma vikt vid denna bedömning.²⁴⁵ Andersson är av liknande uppfattning och menar, visserligen utan stöd i empiri, att aktiekapitalet och kapitalskyddsreglerna i stort inte tillskrivs någon större betydelse vid kreditgivning.²⁴⁶ Även Enriques & Macey anser att befintliga och potentiella borgenärer inte fäster någon vikt vid aktiekapitalet eller reglerna till skydd för det.²⁴⁷ Schon menar att aktiekapitalet inte fyller något behov för anpassande borgenärer då dessa kan erhålla säkerhet och skydd avtalsvägen samt att det för icke-anpassande borgenärer främst är av symboliskt värde.²⁴⁸

Leverantörer utgör en annan sorts frivillig borgenär som kan anpassa sig i viss utsträckning. Genom att exempelvis avtala om ett återtagandeförbehåll kan risken förenad med transaktionen minskas förutsatt att förbehållet är sakrättsligt giltigt.²⁴⁹ Säkerheter, informationskrav och begränsning av kredit eller kredittid är ytterligare tillvägagångssätt leverantörer kan nyttja för att avtalsvägen säkerställa skydd gentemot bolaget. Andersson menar att så åtminstone hypotetiskt kan sägas vara fallet men lyfter samtidigt betydelsen av parternas inbördes styrkeförhållanden samt företaget och branschen i fråga. I praktiken kan exempelvis en mindre leverantör i storleks- och

²⁴¹ Enriques & Macey, 2001, s. 1171.

²⁴² Jfr avsnitt 2.3; Enriques & Macey, 2001, s. 1171 f. & 1188.

²⁴³ Enriques & Macey, 2001, s. 1189.

²⁴⁴ Andersson, 2020, s. 68; Andersson, 2005, s. 80; Mulbert, 2006, s. 370 f.

²⁴⁵ Forsebäck, 2008/09, s. 210. Mot bakgrund av den nominella och reella minskningen av kravet på minsta aktiekapital i privata aktiebolag som skett sedan 2008 får resonemanget möjligtvis anses göra sig ännu mer gällande idag.

²⁴⁶ Andersson, 2005, s. 82.

²⁴⁷ Enriques & Macey, 2001, s. 1186 f.

²⁴⁸ Schon, 2004, s. 437 f.

²⁴⁹ Sacklén, 1994, s. 155 f.

styrkemässigt underläge gentemot ett större bolag behöva finna sig i de kreditvillkor som uppställs av bolaget.²⁵⁰ Sacklén påpekar samtidigt att det ofta föreligger etablerade kundförhållanden mellan leverantörer och dess kunder vilket kan antas ge förutsättningar för leverantören att skaffa sig en relativt god bild av ett bolags betalningsförmåga.²⁵¹

Vad gäller frivilliga borgenärer i form av kunder gör Andersson en uppdelning i konsumenter och övriga kunder. Medan han likställer den senare med leverantörer konstateras avseende konsumenter att de visserligen skulle kunna kategoriseras som icke-anpassande borgenärer. Enligt Anderssons mening tillgodoses deras skyddsbehov dock lämpligen genom tvingande konsumentlagstiftning och försäkringslösningar.²⁵² Anställda är en borgenärskategori som av lagstiftaren ges ett särskilt skydd genom tvingande lagstiftning och lönegaranti, vilken ger dem förmånsrätt på löneanspråk vid konkurs.²⁵³ Sacklén menar att anställdas särintressen med fördel tillgodoses genom speciallagstiftning snarare än ABL:s borgenärsskyddsregler.²⁵⁴ Enligt Enriques & Macey kan anställda med valmöjligheter vad gäller andra tjänster dels avstå att söka sig till bolag som bedöms riskabla, dels kompenseras för den bolagsspecifika risken genom att i utbyte begära högre ersättning. För anställda som saknar motsvarande möjligheter menar Enriques & Macey att aktiekapitalet och reglerna till skydd för detta knappast medför något skydd.²⁵⁵

Gemensamt för frivilliga borgenärer är att de i regel kan anpassa sig i olika utsträckning efter faktorer som risk och kostnad. Utifrån antagandet om att en borgenärs möjligheter till självskydd hänger samman med dess skyddsbehov bör frivilliga och anpassande borgenärs skyddsbehov således vara betydligt mindre än vad gäller borgenärer som saknar motsvarande möjlighet. Baserat på denna premis borde även frivilliga och anpassande borgenärer ha ett mindre behov av aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd, då de i regel kan skydda sig avtalsvägen oberoende av den grad av skydd som tillhandahålls genom lagregleringen. Det självskydd som en frivillig anpassande borgenär kan säkerställa avtalsvägen bör under alla förhållanden dessutom vara mer anpassat och ”skräddarsytt” utifrån det aktuella avtalsförhållandet än det skydd som lagstiftaren tillgodoser genom kapitalskyddsregleringen. Sacklén har tillmätt större betydelse till borgenärsers självskydd än kapitalskyddsregleringen i ABL och jag är till viss del villig att hålla med,

²⁵⁰ Andersson, 2020, s. 69.

²⁵¹ Sacklén, 1994, s. 157.

²⁵² Andersson, 2020, s. 69; Andersson, 2005, s. 81.

²⁵³ Andersson, 2020, s. 69; Sacklén, 1994, s. 160; Jfr även 12 § förmånsrättslag (1970:979).

²⁵⁴ Sacklén, 1994, s. 160 f.

²⁵⁵ Enriques & Macey, 2001, s. 1189 f.

åtminstone avseende borgenärer som i hög utsträckning kan skydda sig själva.²⁵⁶

4.1.3 Ofrivilliga borgenärens oförmåga till självskydd

Till skillnad från frivilliga borgenärer saknar ofrivilliga borgenärer vanligtvis ett regelrätt avtalsförhållande gentemot bolaget. I den mån dessa borgenärer saknar förmåga att anpassa sig utefter risk och kostnad och på så vis inte kan skydda sina intressen avtalsvägen kan de beskrivas som icke-anpassande.²⁵⁷ En sådan borgenär utgörs av staten med dess anspråk på avgifter och skatter. Mot bakgrund av att staten som utgångspunkt är oförmögen att anpassa sig i relation till risk skulle den kunna anses vara mer skyddsvärd än anpassande borgenärer. Såväl Sacklén som Andersson ställer sig emellertid frågande till statens skyddsvärdhet beaktat att staten enligt deras mening är bättre lämpad att bära risk än enskilda borgenärer.²⁵⁸ Även Armour lyfter statens stordriftsfördelar avseende exempelvis informationsinsamling och organisering av verkställighet.²⁵⁹ Därutöver påpekar Andersson att statens förmåga att göra ändringar i lagstiftningen möjliggör för den att skydda sina intressen genom förändringar av "avtalsvillkoren" gentemot gäldenärskollektivet. Avseende borgenärskategorierna region och kommun och deras anspråk på avgifter menar Andersson utifrån likartade skäl att ett verkligt skyddsbehov saknas.²⁶⁰

Juridiska eller fysiska personer med utomobligatoriska skadeståndsanspråk är en annan underkategori av ofrivilliga icke-anpassande borgenärer. Dessa borgenärens skadeståndsanspråk kan grunda sig i exempelvis sak- och personsador eller miljöskador. I brist på avtalsförhållande saknas för sådana borgenärer de möjligheter som står anpassande borgenärer till buds vad gäller anpassning av avtalsvillkoren eller sitt handlande utifrån de risker som borgenären i fråga för med sig.²⁶¹ Enligt Andersson är detta mot bakgrund av det föregående otvivelaktigen en skyddsvärd grupp av borgenärer. Andersson lyfter samtidigt det allmänna försäkringssystemets inverkan vid utomobligatoriska skadeståndsanspråk samt att verksamheter eller handlingar som typiskt sett betraktas som farliga emellanåt förenas med särskilda krav på försäkringar.²⁶²

Enligt mig finns det visst fog för de invändningar som bland annat Andersson och Sacklén gjort avseende statens skyddsvärdhet som borgenär. Som

²⁵⁶ Jfr avsnitt 4.1.1.

²⁵⁷ Jfr avsnitt 2.3.

²⁵⁸ Sacklén, 1994, s. 160; Andersson, 2005, s. 81; Andersson, 2020, s. 69 f.

²⁵⁹ Armour, 2006, s. 20.

²⁶⁰ Andersson, 2005, s. 81; Andersson, 2020, s. 69 f. Andersson medger visserligen att region och kommun saknar möjlighet att driva igenom lagändringar efter eget tycke men anser mot bakgrund av deras politiska inflytande att deras skyddsbehov är begränsat, jfr Andersson, 2020, s. 70.

²⁶¹ Jfr avsnitt 2.3.

²⁶² Andersson, 2020, s. 70.

framförts saknar visserligen staten oftast ett regelrätt avtalsförhållande till grund för sina anspråk. Likt Andersson påpekat går det emellertid inte att bortse från det faktum att staten ensidigt kan justera och ändra de spelregler som styr förhållandet mellan den själv och dess potentiella gäldenärer. I egenskap av ofrivillig och icke-anpassad borgenärer är staten således inte särskilt skyddsvärd enligt min mening. Avseende borgenärer med utomobligatoriska skadeståndsanspråk ter sig situationen annorlunda. Andersson anser att denna borgenärskategori onekligen är att betrakta som skyddsvärd men beaktar på samma gång den inverkan som försäkringssystemet och anknutna försäkringskrav har. Även om aspekten gällande försäkringar och försäkringskrav är relevant anser jag samtidigt inte att det går att bortse från det faktum att denna borgenärsgroup inte kan erhålla något självskydd avtalsvägen. Mot bakgrund av tidigare resonemang gällande skyddsbehov och skyddsvärdhet får ofrivilliga icke-anpassande borgenärer som utgångspunkt anses ha såväl ett behov av samt vara berättigade till ett lagreglerat borgenärsskydd.

4.1.4 Borgenärskollektivets mångfacetterade art och dess implikationer

Föregående två avsnitt har behandlat olika borgenärsers förmåga eller oförmåga att justera avtalsvillkoren utifrån den risk och kostnad som en transaktion är förenad med. Det är samtidigt påkallat att nyansera bilden av anpassande borgenärer något då deras möjlighet att anpassa sig rimligtvis får antas variera. Borgenärer kan av olika skäl tänkas avstå från att erhålla säkerhet när det är påkallat eller helt enkelt inte anpassa sig på ett rationellt sätt. Faktorer av betydelse i detta hänseende kan exempelvis vara brist på information, vilja eller att nödvändig kunskap saknas.²⁶³ Mulbert lyfter det faktum att borgenärer skiljer sig avseende syn på risk, tidshorisont, antalet fordringar de besitter och vid vilket skede de träder in i en borgenärsrelation gentemot bolaget.²⁶⁴ Även Armour tar upp att borgenärsers behov och intressen sannolikt varierar.²⁶⁵ Sacklén tillmäter samtidigt större vikt vid det faktum att det för bolagets borgenärer de facto finns åtgärder som kan vidtas för att skydda sina intressen än huruvida de av olika skäl avstår från att agera i enlighet med dessa.²⁶⁶

Som framgått kan icke-anpassande borgenärer som utgångspunkt inte erhålla skydd genom att justera sig efter risk och kostnad.²⁶⁷ En nära besläktad fråga är emellertid i vilken mån de kan skyddas genom anpassande borgenärsers åtgärder. Enriques och Macey beskriver det som att icke-anpassande borgenärer kan åka snålskjuts ("free-ride") på anpassande borgenärsers kontroll och avtalsmässiga skyddsåtgärder. Resonemanget bygger på att

²⁶³ SOU 2008:49 s. 83.

²⁶⁴ Mulbert, 2006, s. 371 f.

²⁶⁵ Armour, 2006, s. 21 och däri fotnot 67; Armour, 2000, s. 376.

²⁶⁶ Sacklén, 1994, s. 162.

²⁶⁷ Jfr avsnitt 4.1.3.

anpassande borgenärers kontroll av och skyddsåtgärder gentemot ett bolag medför en lägre risk för bolagets insolvens och följaktligen gynnar alla borgenärer, inkluderat icke-anpassande. En anpassande borgenärs åtgärder anses på så sätt resultera i visst skydd åt alla bolagets borgenärer.²⁶⁸ Även Andersson menar att ett mer avtalsbaserat borgenärsskydd där sofistikerade frivilliga anpassande borgenärer står i förgrunden skulle medföra skydd åt resterande borgenärer.²⁶⁹ Spår av detta synsätt finns till viss del även i utredningen som föregick sänkningen av kravet på minsta aktiekapital till 50 000 kr år 2010.²⁷⁰

Free ride-resonemanget förtjänar samtidigt att nyanseras något. Armour menar att incitamenten för anpassande borgenärer att avtala om optimala villkor samt till övervakning av bolagets efterlevnad av dessa villkor försämras eftersom en del av vinsten därav tillfaller bolagets övriga borgenärer.²⁷¹ Även Mulbert ifrågasätter i vilken omfattning icke-anpassande borgenärer kan ”snålåka” på andra borgenärer mot bakgrund av att vissa avtalsmässiga skyddsåtgärder snarare resulterar i ett missgynnande av bolagets övriga borgenärer. En klausul i ett kreditavtal som exempelvis ger en anpassande borgenär rätt att återkräva hela skulden på en gång försämrar bolagets likviditet, sannolikt på bekostnad av de icke-anpassande borgenärerna.²⁷² Schon lyfter på liknande sätt att svaga borgenärer inte nödvändigtvis kan snålåka på starka borgenärers åtgärder. Enligt Schon tenderar banker att ingå i individuella avtal med bolagen i kristider och ett vanligt förekommande villkor vid sådana avtal resulterar främst i att skulden förfaller tidigare än vad den annars gjort.²⁷³

Såväl Mulberts som Armours påpekande om att det föreligger skillnader även inom de olika borgenärsgруппerna är enligt mig en nödvändig aspekt att ta i beaktande. Utifrån redogörelsen om frivilliga respektive ofrivilliga borgenärers förmåga eller oförmåga till självskydd kan det framstå som att de olika undergrupperna inom borgenärskollektivet agerar likformigt. Betydelsen av att till synes likartade borgenärer kan skilja sig åt avseende intressen, behov och syn på risk förtjänar enligt min mening att ges utrymme i en diskussion om borgenärsskydd. Jag anser även att de kategoriseringar som gjorts av olika borgenärer, om än belysande och relevanta, samtidigt baseras på ett underliggande antagande om att borgenärerna agerar rationellt. Som lyfts i avsnittet är det emellertid möjligt att en borgenär inte anpassar sig på lämpligt sätt även om borgenären, förutsatt ett rationellt handlande, haft möjlighet att erhålla olika sorters skydd och säkerhet. I relation till

²⁶⁸ Jfr Enriques & Macey, 2001, s. 1172 & 1194. På s. 1172 beskriver Enriques och Macey det som att “In addition, these ‘weak’ or involuntary creditors can free-ride on the contracts of sophisticated creditors”.

²⁶⁹ Andersson, 2020, s. 74.

²⁷⁰ Jfr SOU 2008:49 s. 96.

²⁷¹ Armour, 2006, s. 21.

²⁷² Mulbert, 2006, s. 376 f.

²⁷³ Schon, 2004, s. 441.

antaganden om borgenärers rationalitet bör detta enligt min mening hållas i åtanke.

Det free ride-resonemang som lyfts ovan är enligt min mening relevant i sammanhanget. Liknande resonemang har, som framgått ovan, även förts i lagstiftningssammanhang och det finns en rimlighet i att ett bolag blir en ”bättre” gäldenär ur ett borgenärshänseende för det fall bolaget exempelvis tvingas lämna säkerheter eller garantera viss likviditet eller solvens. Det är även tänkbart att sådana krav ur ett borgenärsperspektiv kan medföra viss önskvärd handlingsdirigerande effekt på bolag. Jag anser samtidigt att de invändningar som Schon, Mulbert och Armour lyfter i relation till free ride-effekten måste tas i beaktande. Det finns inga garantier för en sådan effekt eller att anpassande borgenärer har bolagets övriga borgenärer, befintliga som potentiella, i åtanke. Det är vidare tänkbart att vissa borgenärer kan komma att missgynnas till följd av en annan borgenärs självskydd. I relation till det ovan berörda rationalitetsantagandet är det enligt mig även tänkbart med situationer där det till och med är rationellt för en borgenär att agera i egenintresse med övriga borgenärers missgynnande till följd. Avseende rationalitetsantaganden finns det därutöver ett underliggande sådant för free ride-resonemanget vilket, som framförts ovan, inte nödvändigtvis måste vara fallet alla gånger. Det finns således aspekter som talar både för och emot att tanken om att icke-anpassande borgenärer ges skydd utifrån anpassande borgenärernas avtalsmässiga åtgärder.

4.2 Att konstruera ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd

4.2.1 Kapitalskyddsreglerna

Som konstaterats varierar borgenärers möjligheter till självskydd och därutöver skiljer sig borgenärer rimligtvis åt vad gäller intressen, behov, riskaptit och flertalet andra aspekter.²⁷⁴ Mot bakgrund av denna variationsrikhet inom borgenärskollektivet kan det tyckas något motsägelsefullt att ABL bereder samma skydd åt alla borgenärer.²⁷⁵ Sacklén har uttalat att borgenärsskyddet i ABL bygger på ett antagande om att borgenärer inte avtalsvägen, eller på annat vis, har möjlighet att tillvarata sina intressen på ett tillfredsställande sätt.²⁷⁶ Nerep har i en replik till Sacklén ställt sig frågande till detta. Nereps uppfattning, vilken han även tillskriver doktrin och lagstiftaren, är att borgenärsskyddet i ABL utgör en ansats att tillgodose

²⁷⁴ Jfr avsnitt 4.1.

²⁷⁵ Jfr Andersson, 1995, s. 137. Andersson åsyftade av naturliga skäl visserligen inte regleringen i 2005 års ABL men detsamma kan sägas gälla för dagens reglering.

²⁷⁶ Sacklén, 1994, s. 152 f.

intressen för de borgenärer som saknar möjlighet att avtalsvägen erhålla säkerhet samt att därutöver komplettera resterande borgenärers skydd.²⁷⁷

Oavsett vilken uppfattning som bäst speglar lagstiftarens är utformningen och den lämpliga graden av borgenärsskydd inom aktiebolagsrätten en omtvistad fråga.²⁷⁸ Andersson har beskrivit kapitalskyddsreglernas uppbyggnad som en ”one size fits all”-modell.²⁷⁹ Armour menar på liknande vis att lagstiftarens tillvägagångssätt avseende borgenärsskyddet utgör ett ”one size fits all”-upplägg som sannolikt resulterar i överreglering.²⁸⁰ Enriques och Macey påtalar att ytterligare en svårighet med utformandet av en ändamålsenlig borgenärsskyddsreglering är att aktiebolag också skiljer sig åt vad gäller behov, organisation och finansiella egenskaper.²⁸¹ Även Schon betonar denna variation inom gruppen aktiebolag och dess följder för lagstiftarens förmåga att utforma ett lämpligt borgenärsskydd.²⁸² Såväl Schon, Armour samt Enriques och Macey tar i olika grad utgångspunkt i regleringen för publika bolag genom det andra bolagsdirektivet men resonemangen har likväl bäring på den svenska kapitalskyddsregleringen i ABL. Almlöf har i likhet med de ovan nämnda påpekat den heterogenitet som föreligger bland aktiebolag sett till variationer i behov och struktur som därtill varierar över tid.²⁸³

Bergström och Samuelsson för liknande resonemang avseende frågan om aktiebolagsrättslig reglering i allmänhet. I relation till detta lyfter de att det finns påtagliga skillnader mellan olika aktiebolags verksamhet och behov som rimligtvis även bör variera över tid. Mot bakgrund av denna komplexitet anser Bergström och Samuelsson att flexibilitet är nödvändigt, sett till svårigheten att svara mot alla parter behov med en uppsättning lagregler.²⁸⁴ Mulbert beskriver avvägningen som lagstiftaren har att göra som en avvägning mellan en reglering som säkerställer borgenärsskydd utan att för den delen reglera för mycket.²⁸⁵

Det har ovan antytts att ett lagreglerat aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd är som mest motiverat med hänsyn till ofrivilliga icke-anpassande borgenärer.²⁸⁶ I relation till detta blir Anderssons syn på ofrivilliga borgenärer som de kanske största förlorarna på kapitalskyddsregleringen intressant. Utifrån sin uppfattning om att borgenärer knappast erhåller något skydd genom kapitalskyddsreglerna anser Andersson att ofrivilliga borgenärer riskerar att

²⁷⁷ Nerep, 1994, s. 550.

²⁷⁸ Jfr Armour, 2006, s. 11.

²⁷⁹ Andersson, 2020, s. 75.

²⁸⁰ Jfr Armour, 2006, s. 8. Armour formulerar det som att ”one size probably does not fit all”, se sida 17.

²⁸¹ Enriques & Macey, 2001, s. 1199.

²⁸² Jfr Schon, 2004, s. 437; För liknande resonemang kring ABL i sin helhet, se Andersson, 2012, s. 90 ff.

²⁸³ Almlöf, 2017, s. 19.

²⁸⁴ Bergström & Samuelsson, 1993, s. 167 f.

²⁸⁵ Mulbert, 2006, s. 359 f.

²⁸⁶ Jfr avsnitt 4.1.2 och 4.1.3.

förbli passiva till följd av en falsk upplevd trygghet.²⁸⁷ Oaktat vilken grad av skydd borgenärer anses erhålla genom ABL menar Andersson att skyddet huvudsakligen kommer vissa borgenärer till gagn när bolaget väl går i konkurs.²⁸⁸ Liknande farhågor kring vilket skydd vissa svagare borgenärer får genom den aktiebolagsrättsliga regleringen har lyfts på fler håll. Enligt Forsebäck får borgenärer med oprioriterade fordringar sällan betalt ur konkursboet, något även Andersson påpekat.²⁸⁹ Armour påpekar att ofrivilliga borgenärer i regel saknar säkerhet och till följd därav hänvisas till att dela på de tillgångar som återstår efter borgenärer med prioriterade fordringar fått betalt, vilket typiskt sett är väldigt lite.²⁹⁰ Sacklén menar på liknande sätt att ABL:s borgenärsskydd framstår som otillräckligt för de borgenärer som saknar realsäkerhet.²⁹¹

Att utforma ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd tycks mot bakgrund av variationerna bland aktiebolag och inte minst borgenärer vara en komplex uppgift. Andersson och Armour har beskrivit regleringen som en ”one size fits all”-reglering och jag anser att deras beskrivning belyser svårigheten med att utforma ett effektivt och ändamålsenligt aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd. Kapitalskyddsregleringen och dess tilltänkta borgenärsskyddande verkan tar ingen hänsyn till huruvida en borgenär är frivillig eller ofrivillig respektive anpassande eller icke-anpassande. Det är mot bakgrund därav naturligt att regleringens effektivitet och ändamålsenlighet kan komma att variera beroende på aktiebolaget och borgenären i fråga. Enligt mig går det att fundera kring om inte aktiebolagsrättslig lagstiftning är ett tämligen trubbigt verktyg för att tillgodose intressena hos en heterogen uppsättning av bolag och borgenärer. Lagstiftarens uppgift att navigera mellan risken för överreglering och ett bristfälligt skydd, vilken bland annat lyfts av Mulbert, blir mot bakgrund av dessa svårigheter komplicerad.

Bergström och Samuelsson framhäver betydelsen av flexibilitet. Enligt mig är detta ett viktigt karaktärsdrag hos en effektiv reglering som dessvärre saknas i kapitalsystemets nuvarande utformning. Såväl aktiekapitalet, beloppsspärren vid värdeöverföringar och kapitalbristregleringen kan enligt min mening inte anses präglas av någon större flexibilitet. I dess nuvarande utformning tar dessa regelverk snarare utgångspunkt i ett odynamiskt kapitalkrav än de, enligt mig, mer relevanta bolagsspecifika omständigheterna hos aktiebolaget i fråga. Likt Armour påpekat är det sannolikt som så att ”one size probably does not fit all”.²⁹²

²⁸⁷ Andersson, 2020, s. 72.

²⁸⁸ Andersson, 1995, s. 142.

²⁸⁹ Forsebäck, 2008/09, s. 205; Andersson, 1995, s. 141.

²⁹⁰ Armour, 2000, s. 371 f.

²⁹¹ Sacklén, 1994, s. 161.

²⁹² Se hänvisning till Armour i fotnot 280.

Som tidigare framförts bör ofrivilliga icke-anpassande borgenärer anses ha störst behov av samt vara mest skyddsvärda i relation till det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Såväl Andersson, Forsebäck, Armour och Sacklén har lyft olika tvivel kring just dessa borgenärens ställning när det väl kommer till kritan i form av en konkurs. Mot bakgrund av uppsatsens avgränsningar och syfte intas viss försiktighet i relation till insolvensrättsliga resonemang. Det borde dock kunna konstateras att denna borgenärsgroup i många fall kommer ha oprioriterade fordringar. Eventuellt aktiekapital som finns kvar för utbetalning vid konkurs lär sannolikt tillfalla Anpassande borgenärer som haft möjlighet att erhålla säkerhet av något slag. Det kan anses något paradoxalt att dessa borgenärer hamnar i sämst ställning samtidigt som de får anses vara mest skyddsvärda, även om det förhållandet inte enbart kan läggas kapitalskyddsregleringen till last.

4.2.2 Reglering, självskydd och dess kostnader

Ytterligare en aspekt av det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddets utformning är den avseende transaktionskostnader. Transaktionskostnader kan uppstå av såväl kapitalskyddsregleringen som avsaknaden av sådan reglering. Vad gäller transaktionskostnader till följd av regleringen definierar Andersson dessa som ”direkta och indirekta kostnader för att uppfylla lagstiftningens krav i formellt och materiellt hänseende [...]”.²⁹³ Enligt honom består dessa kostnader dels av en engångskostnad vid bolagets bildande för att uppfylla kravet på minsta aktiekapital, dels av fortlöpande kostnader för efterlevnad av kapitalskydds- samt kapitaluppbyggnadsreglerna.²⁹⁴ Som exempel på sådana kostnader nämner Andersson kostnad för rådgivning, tidspillan och byråkrati.²⁹⁵ Forsebäck menar på liknande sätt att avsevärda resurser tas i anspråk för hantering och efterlevnad av kapitalskyddsreglerna till följd av deras komplexitet.²⁹⁶

Andra sidan av transaktionskostnadsmyntet kan sägas utgöras av kostnader till följd av åtgärder som borgenärerna vidtar för att erhålla säkerhet och skydd för sina intressen. Mulbert uttalar att sådana åtgärder, tidigare benämnt som självskydd, naturligtvis innebär en kostnad.²⁹⁷ Transaktionskostnader var även något som beaktades i den utredning som föregick sänkningen av kravet på minsta aktiekapital till 50 000 kr år 2010. Enligt utredningen skulle en avsaknad av kapitalskyddsbestämmelser leda till fler individuella överenskommelser mellan bolag och dess borgenärer. Utredningen beaktade att sådana överenskommelser visserligen tar hänsyn till bolagsspecifika omständigheter men betonade samtidigt att det medför ökade transaktionskostnader för både borgenärer och aktiebolag.²⁹⁸ Även

²⁹³ Andersson, 2020, s. 42.

²⁹⁴ Andersson, 2020, s. 73.

²⁹⁵ Andersson, 2005, s. 82.

²⁹⁶ Forsebäck, 2008/09, s. 209.

²⁹⁷ Mulbert, 2006, s. 376.

²⁹⁸ SOU 2008:49 s. 83 f. & 95 f.

Andersson lyfter att det uppstår kostnader till följd av anpassande frivilliga borgenärens krav på säkerhet, pant, information och andra avtalsvillkor.²⁹⁹

Transaktionskostnader kan således antas uppstå till följd av såväl kapitalskyddsregleringen som av självreglering i avsaknad av, eller utöver, lagreglering. Forsebäck anser att kapitalskyddsreglering endast är försvarbar ur ett samhällsekonomiskt perspektiv för det fall den medför fördelar som överväger nackdelarna i form av höga kostnader. Fördelen, bestående av ett skydd för borgenärer genom kapitalskyddsregler, uteblir enligt Forsebäcks mening.³⁰⁰ Även Armour menar på liknande sätt att borgenärskyddsregleringen måste medföra större vinst än ett system utan motsvarande reglering för att den ska anses effektiv.³⁰¹ Mulbert menar att lagstiftaren vid utformandet av borgenärsskyddet står risken att ta i för mycket ("overshoot") med konsekvensen att kostnaden för regleringen överstiger fördelarna den avser att medföra.³⁰² Andersson anser att lagstiftarens avvägning mellan att skydda borgenärer och på samma gång inte motverka nyföretagande troligtvis resulterar i en reglering som inte tillfredsställer anpassande och frivilliga borgenärer. Detta resulterar enligt Andersson i att dessa borgenärer sannolikt uppställer avtalsvillkor och krav på säkerhet oberoende av kapitalsystemet. Eftersom aktiebolagen både betalar för kostnaden av kapitalskyddsregleringen och för kostnaden av förhandlingar och utformandet av borgenärens självskydd tvingas de betala för samma sak två gånger.³⁰³

Utan att förekomma diskussionen i nästkommande avsnitt får en utgångspunkt anses vara att såväl ett lagreglerat som ett avtalsbaserat borgenärsskydd medför kostnader för bolagen. För borgenärer uppstår det merkostnader då skydd erhålls avtalsvägen, vilket samtidigt får vägas mot kostnaden förenad med risken av att inte säkerställa något sådant skydd. Sett till den komplexitet som präglar kapitalskyddsregleringen betingar dessa regelverk troligtvis kostnader för rådgivning och efterlevnad för många bolag, vilket både Andersson och Forsebäck varit inne på. Inte minst förfarandet vid kritisk kapitalbrist, vars utformning och tveksamma borgenärsskyddsverkan gett upphov till mycket kritik, resulterar sannolikt i ett för aktiebolaget kostsamt förfarande. Forsebäck, Armour, Mulbert och Andersson menar samtliga att ett lagreglerat aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd måste vara förenat med större fördelar än nackdelar för att anses effektivt, ändamålsenligt och värt sin kostnad. Jag anser också att detta bör vara en naturlig utgångspunkt vid en utvärdering av kapitalskyddssystemet. Om kostnaden till följd av regleringen överväger fördelarna av densamma får

²⁹⁹ Andersson, 2020, s. 73 f.

³⁰⁰ Forsebäck, 2008/09, s. 209.

³⁰¹ Armour, 2000, s. 370.

³⁰² Mulbert, 2006, s. 378.

³⁰³ Andersson, 2020, s. 73 ff.; Andersson, 2005, s. 82.

regleringen anses mycket tveksam ur ett effektivitets- och ändamålsenlighetshänseende.

Andersson lyfter även att anpassande borgenärer i många fall erhåller säkerhet avtalsvägen oberoende av kapitalskyddsregleringen. Enligt min mening är det givetvis inte önskvärt för varken bolagen, dess borgenärer eller samhällsekonomin i stort att samma kostnad uppstår mer än en gång. Det är dock inte nödvändigtvis fallet att lagstiftaren haft ambitionen att utforma ett fullständigt och uttömmande borgenärsskydd som onödiggör all form av självskydd från borgenärer. Avseende exempelvis aktiekapitalet tycks lagstiftaren i stort sett övergett synen på dess borgenärsskyddande funktion. Samtidigt kan det möjligtvis vara som så att anpassande borgenärer kommer att självreglera i den omfattning deras skyddsbehov inte tillgodoses av lagstiftaren. Ett ineffektivt kapitalskyddssystem resulterar isåfall i en hög grad av självreglering, vilket skapar oönskvärda merkostnader. Ett bakomliggande ändamål för kapitalskyddsregleringen bör således vara att tillhandahålla ett effektivt och reellt skydd åt borgenärerna.

4.2.3 Frågan om lagreglering eller självreglering

Som antytts ovan finns en betydande heterogenitet bland aktiebolag och borgenärer. Inom borgenärskollektivet förekommer därutöver självskydd i varierande utsträckning och transaktionskostnader kan uppstå till följd av såväl lagreglering som borgenärers självreglering. Mot bakgrund därav aktualiseras frågan om i vilken utsträckning lagstiftaren ska och behöver tillhandahålla ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd.

I en utredning om förenklingar av aktiebolagslagen aktualiserades frågan om lagregleringens utformning. Enligt utredningen skulle en total avsaknad av regler tvinga bolag till avsevärd självreglering av frågor i avtal eller bolagsordning. Utöver de kostnader som följer därav ansågs en sådan avsaknad av regler riskera att medföra ytterligare kostnader på grund av tvister och domstolsprocesser. Mot bakgrund av detta lyfte utredningen värdet av att erbjuda en lagreglerad standardlösning genom dispositiva regler vilka aktieägare eller bolag tillåts avvika från vid behov.³⁰⁴ I utredningen som föranledde sänkningen av kravet på minsta aktiekapital till 50 000 kr år 2010 beskrevs kapitalskyddsregleringen på liknande sätt som ett standardkontrakt vilket anpassande borgenärer kan avvika från för det fall det anses önskvärt. Utifrån detta synsätt ansågs lagreglering underlätta avtalsbildning då bolag och borgenärer inte tvingas förhandla om villkoren i varje enskilt fall.³⁰⁵

Andersson ställer sig i viss utsträckning frågande till utredningarnas resonemang om kapitalsystemet som ett standardkontrakt. Enligt Andersson bygger resonemangen på ett underliggande antagande om att parterna i avsaknad av kapitalsystemet självmant hade reglerat villkor som motsvarar

³⁰⁴ SOU 2009:34 s. 153 f.

³⁰⁵ SOU 2008:49 s. 84 f.

ABL:s kapitalskyddsreglering. Enligt Anderssons mening skulle parterna varken reglera i enlighet med kapitalskyddsreglernas innehåll eller omfång. Andersson lyfter istället att borgenärer sannolikt valt en reglering där kravet på eget kapital och förenade kapitaluppbyggnadsregler tog hänsyn till faktorer som bolagets verksamhet och risker. Avseende värdeöverföringar och kapitalbrist menar Andersson att borgenärerna sannolikt hade uppställt krav på fortlöpande finansiell information samt tagit hänsyn till faktorer som exempelvis soliditet, konsolideringsgrad och likviditet.³⁰⁶

Synen på regleringen som ett standardkontrakt förekommer även inom litteraturen. Macey menar att lagstiftningens uppgift är att reducera kostnaden för att etablera affärsrelationer. Enligt Macey bör detta ske genom att lagstiftaren formulerar ett standardkontrakt som parterna självmant hade avtalat om i avsaknad av reglering. Ett sådant standardkontrakt får funktionen av att spara både tid och pengar för parterna. Macey tar upp bestämmelserna om värdeöverföringsbegränsningar som exempel på en del av ABL:s standardkontrakt. Macey lyfter att dessa skyddar bolagets borgenärer mot att aktieägarna ökar sin egen risk på borgenärernas bekostnad. I avsaknad av bestämmelser likt dessa hade behovet av omfattande självreglering resulterat i betydande kostnader.³⁰⁷

Även Almlöf resonerar på liknande sätt om synen på lagstiftningen som ett standardkontrakt vilket bör återspegla vad avtalsparter typiskt sett hade avtalat för det fall de på förhand haft full information samt inte behövt ta hänsyn till transaktionskostnader.³⁰⁸ Schon beskriver kapitalskyddsreglerna som ett effektivt kontraktuellt verktyg åt bolag och deras borgenärer utan att för den delen förhindra anpassande borgenärer från att avtala om ytterligare villkor. Kapitalskyddsreglering och avtal mellan bolag och dess borgenärer utesluter inte varandra utan bör enligt Schons mening istället ses som användbara komplement till varandra.³⁰⁹

Sacklén lyfter även fram synen på bolagsrätten som ett standardkontrakt vilket kan frångås i enskilda fall. Han anser emellertid att borgenärer utan större problem hade haft möjlighet att åstadkomma ett skydd jämförbart med det i ABL om lagstiftaren lämnat borgenärsskyddet oreglerat. Utifrån detta menar Sacklén att borgenärsskyddsreglerna i ABL svårligen kan anses nödvändiga för ett adekvat borgenärsskydd. Sacklén lyfter föreställningen om att ett lagreglerat borgenärsskydd underlättar parternas avtalsbildning, då de inte behöver förhandla villkoren i varje enskilt fall. Sett till den omfattning borgenärer redan aktivt säkerställer sina intressen anser han emellertid att det

³⁰⁶ Andersson, 2020, s. 76 f.

³⁰⁷ Macey, 1993, s. 44 f.

³⁰⁸ Almlöf, 2017, s. 19; Ett sådant fullständigt, och med anledning av dess underliggande antaganden, orealistiskt avtal har beskrivits som ett ”metakontrakt” av Lindell-Frantz och Roos. Med anledning av dessa antaganden anser Lindell-Frantz och Roos att upprättandet av ett sådant avtal är så gott som omöjligt. Se Lindell-Frantz & Roos, 1985, s. 20 ff.

³⁰⁹ Schon, 2004, s. 440 f.

aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet knappast har någon väsentlig inverkan på parternas avtalsbildning. Mot bakgrund därav menar Sacklén att det inte är givet att ett standardkontrakt för borgenärsskydd tillhandahållet av lagstiftaren nödvändigtvis främjar avtalsbildningen. Därutöver ställer sig Sacklén frågande till huruvida förutsägbarheten samt borgenärernas övervakning och genomdrivande av ingångna avtal underlättas till följd av det lagstadgade borgenärsskyddet.³¹⁰

Avvägningen mellan att till fullo överlåta borgenärsskyddet till parternas reglering och att tillhandahålla ett lagreglerat borgenärsskydd diskuteras av Armour. Han menar, i likhet med Macey samt utredningarna ovan, att dispositiva borgenärsskyddsregler minskar behovet för borgenärer att avtala om individuellt skydd. I jämförelse med en avsaknad av regler kan borgenärskollektivet genom ett dispositivt regelverk minska sina förhandlingskostnader. Lagreglering medför enligt Armour även ökad transparens och kan därutöver reducera ”free-ride”-problematiken för anpassande borgenärer i form av att deras incitament för självskydd minskar då effekten därav även tillfaller övriga borgenärer.³¹¹

Bergström och Samuelsson lyfter att en aktiebolagslag och dess reglering kan fylla en funktion av att standardisera parternas riskfördelning och således minska transaktionskostnaderna för att skriva och bevaka avtal. Avseende den generella frågan om aktiebolagsrättslig reglering eller självreglering anser Bergström och Samuelsson att det finns mycket som tyder på att dispositiv reglering innebär fördelar i relation till en avsaknad av reglering. En fördel som lyfts av relevans för frågan om borgenärsskydd är att en samexistens av flertalet uppsättningar av regelverk möjliggör för konkurrens mellan olika lösningar. En dispositiv reglering kan då ha funktionen av en referenspunkt gentemot vilken alternativkostnaden för olika lösningar kan jämföras.³¹²

Synen på kapitalskyddsreglernas funktion som ett standardkontrakt tycks vara etablerad hos såväl lagstiftaren som inom rättsvetenskaplig litteratur. För egen del anser jag att många av de fördelar som lyfts med lagreglering talar för förekomsten av ett lagreglerat aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd. I avsaknad av detta skulle aktiebolag och borgenärer, i en slags aktiebolagsrättslig nattväktarstat³¹³, sannolikt tvingas till omfattande självreglering med stor tidsåtgång och omfattande kostnader som följd. En sådan ordning kan ifrågasättas ur såväl effektivitets- som kostnadshänseende.

Macey och Almlöf har bland annat framfört att lagreglering i egenskap av ett standardkontrakt bör spegla vad parterna självmant avtalat om i avsaknad av

³¹⁰ Sacklén, 1994, s. 163 ff.

³¹¹ Armour, 2006, s. 21.

³¹² Bergström & Samuelsson, 2021, s. 265; Bergström & Samuelsson, 1993, s. 168 f.

³¹³ Uttrycket tillskrivs Ferdinand Lassalle (1825-1864) och används för att beskriva den klassiska liberalismens föreställning om en minimalistisk statsförvaltning, se Nationalencyklopedin, Nattväktarstat.

lagreglering. En lagreglering som uppfyller detta ändamål är enligt mig till stor gagn för såväl aktiebolag som borgenärer. De ovan nämnda utredningarnas syn på kapitalskyddsregleringen, och reglering i allmänhet, skulle kunna tolkas som att regleringen i viss mån anses uppfylla detta syfte. I relation till detta har Andersson emellertid framfört synen att parterna knappast självmant hade valt kapitalskyddsregleringen i ABL. Avseende aktiekapitalets funktion är det även fler som resonerar i linje med Anderssons uppfattning.³¹⁴ Jag anser, likt Macey och Almlöf, att ett lagreglerat aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd i så stor mån som möjligt borde sträva efter att tillhandahålla ett skydd som dess skyddssubjekt, borgenärerna, själva hade avtalat om. Mot bakgrund av inte minst aktiekapitalet och kapitalbristreglernas tveksamma borgenärsskyddsverkan anser jag även, likt Andersson, att det kan ifrågasättas om så är fallet med kapitalskyddsregleringen.

För distinktionen och diskussionen mellan lagreglering och självreglering är transaktionskostnader väsentliga. Medan flera i litteraturen lyft fördelarna med regleringen som standardkontrakt menar exempelvis Sacklén att kapitalskyddsregleringen knappast är nödvändig för ett tillfredsställande borgenärsskydd. Sacklén hänvisar bland annat till en omfattande självreglering bland borgenärer. Jag anser att Sacklén lyfter en relevant aspekt med viss bäring i relation till särskilt anpassande borgenärer. Enligt mig haltar resonemanget dock något i relation till icke-anpassande borgenärer.³¹⁵ Avseende de free ride-resonemang som tidigare behandlats hänvisas läsaren till den syn jag framfört i anslutning därtill.³¹⁶ Transaktionskostnadsaspekten av lagreglering kontra självreglering kan i mångt och mycket decimeras till en fråga om vad som är mest kostnadseffektivt. I avsaknad av empiriskt underlag blir det enligt min mening svårt att slutgiltigt fastslå vad som är förenat med störst kostnader. Sammantaget anser jag ändå att det finns flera skäl som talar för att ett lagreglerat borgenärsskydd kan vara positivt för såväl aktiebolag som borgenärer, särskilt i den mån dess utformning medför en reell borgenärsskyddande verkan.

4.2.4 Kapitalskyddssystemet i ABL – dispositivt eller tvingande?

Förutsatt att ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd lagregleras i någon utsträckning aktualiseras frågan huruvida regleringen ska vara dispositiv eller tvingande. Diskussionen om aktiebolagsrättens dispositiva eller tvingande karaktär har funnits länge och har inte minst förts avseende den amerikanska

³¹⁴ Se avsnitt 4.1.2 och vad Forsebäck, Enriques & Macey samt Schon uttalar däri.

³¹⁵ För att vara rättvisande mot Sacklén ska dock tilläggas att han klargör att hans avsikt inte är att ”bedöma eller förespråka ändringar av borgenärsskyddsreglernas materiella innehåll”, se Sacklén, 1994, s. 179.

³¹⁶ Jfr avsnitt 4.1.4.

bolagsrättens utformning.³¹⁷ Frågan har även berörts i ett svenskt hänseende. I en utredning om förenklingar av aktiebolagslagen angavs att en utgångspunkt för betänkandet var att bolag, särskilt små bolag, gynnas av förekomsten av dispositiv reglering med tillämplighet för det fall bolaget inte avtalat om något annat. En sådan reglering reducerar onödiga kostnader samtidigt som det medför viss handlingsfrihet åt bolagen. Av relevans för utformandet av det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet betonade utredningen samtidigt att en avvägning fordras mellan ambitionen att minska bolagens administrativa börda utan att för den delen försumma viktiga intressen som exempelvis skyddet för aktiebolagets borgenärer.³¹⁸

I en replik till Sacklén har Nerep vänt sig emot Sackléns argument till stöd för en dispositiv eller avtalsbaserad reglering.³¹⁹ Nerep anser att tydlig och tvingande reglering främjar såväl förutsägbarhet som rättssäkerhet. Därutöver anser han att ett välutvecklat borgenärsskydd är en förutsättning för en välfungerande kreditmarknad vilket i sin tur ökar användbarheten av aktiebolagsformen. Både av Nerep och i SOU 2008:49 förs dessutom resonemang om att en avsaknad av tvingande reglering riskerar att urholka principen om begränsat personligt ansvar i aktiebolag samt öka användningen av ansvarsfrihetsinstitutet.³²⁰ Andersson vänder sig emot denna syn och menar att det saknas empiriskt stöd för dessa resonemang.³²¹

Macey förespråkar en dispositiv aktiebolagsrätt i allmänhet och anser att aktiebolagsrätten borde spegla de omfattande skillnader som föreligger bland investerare och bolag. Lagregler som är gynnsamma för vissa bolag kan enligt Macey medföra nackdelar för andra bolag. Mot bakgrund därav anser han att dispositiv reglering, vilken möjliggör för bolag att anpassa sig utifrån sina behov, är att föredra framför tvingande regler som inte går att avvika från genom avtal. Macey menar att resonemanget inte minst gör sig gällande avseende svensk reglering då det svenska rättssystemets krav på beslut av en lagstiftande församling är tidskrävande och komplex i relation till beslutsfattandet i system baserat på sedvanerätt.³²²

Ett tvingande aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd har enligt Bergström och Samuelsson fördelen att det reducerar kostnaden förenad med att driva igenom efterlevnad av överenskommelser mellan aktiebolaget och dess borgenärer. Bergström och Samuelsson lyfter samtidigt att lagstiftarens uppgift att utforma en ändamålsenlig och tillfredsställande reglering blir

³¹⁷ Jfr Sacklén, 1994, s. 163 och hänvisning i fotnot 81 till Bebhuck, 1989. Se särskilt Bebhuck, 1989, s. 1398 f. för en sammanställning av olika bidrag till diskussionen.

³¹⁸ SOU 2009:34 s. 153 ff.

³¹⁹ Jfr avsnitt 4.2.3.

³²⁰ För en utveckling av Nereps resonemang, se Nerep, 1994, s. 553 samt Nerep, 2003, s. 15 f. & 34; För en utveckling av utredningens resonemang, se SOU 2008:49 s. 96.

³²¹ För en utveckling av Anderssons resonemang, se Andersson, 2020, s. 78 f.

³²² Macey syftar sannolikt på skillnaderna i civil- respektive common law-rättsordningar, se Macey, 1993, s. 124.

mindre svårnavigerad vid ett dispositivt borgenärsskydd eftersom aktiebolaget och dess borgenärer ges frihet att justera villkoren vid behov.³²³ Mulbert menar att prevention är det bästa möjliga tillvägagångssättet vad gäller tvingande borgenärsskydd. Enligt Mulbert minskar transaktionskostnaderna genom en tvingande reglering då borgenärens självskydd samt konkursförfaranden är kostsamt.³²⁴

Almlöf anser att det är förenat med svårigheter att erbjuda en reglering anpassad utefter alla olika aktiebolags tänkbara behov. Mot bakgrund därav menar hon att regleringen bör vara dispositiv för att möjliggöra för bolag att vid behov göra avvikelser avtalsvägen. Almlöf nyanserar samtidigt bilden av dispositiv reglering genom att lyfta aspekten att parter, trots dispositiv reglering, under vissa förutsättningar inte avtalar bort lagregleringen även när det finns tänkbara lösningar som vore mer passande. Almlöf lyfter psykologiska aspekter i form av en status quo-tendens enligt vilken parter tenderar att premiera inaktivitet framför aktivitet för att undvika ånger. Parter kan således till följd därav avstå från att avtala bort dispositiv reglering trots att en annan lösning vore mer lämplig.³²⁵

Almlöf beskriver även flera ekonomiska aspekter som påverkar i vilken utsträckning parterna avviker från en av lagstiftaren tillhandahållen dispositiv reglering. Enligt henne uppstår transaktionskostnader såväl *ex-ante*, vilka uppkommer innan transaktionen, som *ex-post*³²⁶, vilka uppkommer i samband med eller efter transaktionens genomförande. Parterna måste bära vissa transaktionskostnader vid valet att avvika från en dispositiv reglering och en sådan kostnad som Almlöf lyfter är den förenad med eventuella indirekta rättsliga krav ("alternating rules"). Sådana krav kan utgöras av exempelvis processuella krav, skriftlighetskrav eller formkrav som aktualiseras när dispositiv lagreglering avtalar bort. Avseende dispositiv reglering lyfter hon skillnaden mellan *opt out-reglering*, enligt vilken lagstiftaren inte föreskriver några alternativ i lagtexten, samt *opt in-reglering*³²⁷, där parterna upplyses av lagstiftaren om tänkbara alternativa regleringsval. Enligt Almlöf underlättar en *opt in-reglering* för parterna då de ges vägledning avseende olika valmöjligheter. Vid en *opt out-reglering* behöver parterna själva identifiera och värdera vilken regleringsmodell som lämpar sig bäst.³²⁸

Enriques och Macey tar upp ett argument för tvingande reglering enligt vilket transaktionskostnader hindrar parterna från att effektivt förhandla självskydd.

³²³ Bergström & Samuelsson, 2021, s. 265.

³²⁴ Mulbert, 2006, s. 377 f.

³²⁵ Almlöf, 2017, s. 19 ff.

³²⁶ Mina kursiveringar.

³²⁷ Mina kursiveringar.

³²⁸ Almlöf, 2017, s. 13 ff. Värt att notera är att Almlöf diskuterar aktiebolagsrättslig reglering utifrån perspektivet av aktieägare i ägarledda aktiebolag. Almlöfs resonemang kring dispositiv reglering förs därmed inte utifrån ett borgenärsperspektiv men fyller enligt min mening ändå en betydande funktion i en borgenärsskyddskontext.

Enligt Enriques och Maceys mening är det dock osannolikt att parterna avstår från att ingå i ömsesidigt gynnsamma avtal. Mot bakgrund av att frivilliga borgenärer redan är i ett avtalsförhållande med bolaget bör merkostnaden för att lägga till några villkor vara försumbar. Enriques och Macey anser även att det finns skäl att utforma borgenärsskyddet som en dispositiv opt out-reglering istället för en tvingande reglering.³²⁹

Andersson diskuterar synen på aktiebolagsrättslig lagstiftning som ett standardkontrakt. Enligt Andersson förutsätter ett sådant kontraktuellt synsätt bland annat en dispositiv eller semidispositiv reglering i så stor utsträckning som möjligt. En dispositiv reglering möjliggör för parterna att avtala bort regleringen till fördel för en mer ekonomiskt fördelaktig lösning. Avseende det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet är Andersson emellertid av uppfattningen att en dispositiv reglering sannolikt inte är en framkomlig väg. Enligt Anderssons mening förutsätter ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd troligtvis tvingande normer som motverkar onödigt risktagande och, för borgenärerna, skadligt agerande från aktieägare och bolagets ledning. Åtminstone anser Andersson att lagstiftaren måste tillhandahålla ett tvingande skydd i någon mån avseende de icke-anpassande borgenärerna.³³⁰ Armour framför uppfattningen att kostnaden av tvingande aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddsregler sannolikt överväger vinsten av desamma.³³¹

Som framkommit ovan finns det fördelar och nackdelar med såväl dispositiv som tvingande borgenärsskyddsreglering. Som skäl för en dispositiv reglering har från flera håll framförts att det medför flexibilitet och handlingsutrymme för bolag och borgenärer vilka tillåts att avvika från regleringen då det lämpar sig. Dessa resonemang kan sannolikt ses mot bakgrund av de stora skillnader som finns bland såväl aktiebolag som dess borgenärer och en dispositiv reglering anses således bättre tillgodose den mångfald av behov som följer därav. Enligt min mening är detta aspekter som talar för ett aktiebolagsrättsligt dispositivt borgenärsskydd. Som tidigare framförts är det mot bakgrund av den betydande heterogeniteten en svår uppgift att utforma en reglering som tillgodoser ett effektivt skydd åt borgenärer och samtidigt inte medför avsevärda kostnader samt hämmar omsättningen inom aktiebolagsformen genom överreglering. Som Bergström och Samuelsson påpekat blir denna balansgång enklare för lagstiftaren vid en dispositiv reglering som möjliggör för bolag och borgenärer att avvika vid behov.

Alla avvikelser i form av självreglering är dock samtidigt förenade med en merkostnad. Enriques och Macey ställer sig som ovan berörts frågande till att avtalsparter skulle avstå från en ömsesidigt gynnsam reglering och anser

³²⁹ Enriques & Macey, 2001, 1192 f.

³³⁰ Andersson, 2020, s. 65 f.

³³¹ Jfr Armour, 2006, s. 21.

därutöver att kostnader till följd av självreglering i ett redan befintligt avtalsförhållande sannolikt är negligierbara. I ett avtalsförhållande mellan ett aktiebolag och en sofistikerad borgenär i form av exempelvis en bank anser jag att resonemanget kan ha bäring, då det kan tänkas att det avtalas om en lägre räntesats i utbyte mot lägre kreditrisk. I relation till svaga eller icke-anpassande borgenärer är jag dock inte övertygad om resonemangets allmängiltighet. Som tidigare behandlats kan en småskalig underleverantör med en fordran gentemot ett aktiebolag med omfattande verksamhet tänkas vara tvungen att acceptera de villkor som ställs av aktiebolaget.³³² Det går enligt mig inte med säkerhet att påstå att alla aktiebolag under nämnda förutsättningar kommer agera i enlighet med vad som är gynnsamt för dess underleverantörer. Det får anses tänkbart att ett aktiebolag kommer att värna om sina intressen även när detta står i strid med intressena hos eventuella underleverantörer.

Som skäl för en tvingande borgenärsskyddsreglering har bland annat Nereplyft aspekter som förutsägbarhet och rättssäkerhet. Bergström och Samuelsson har därutöver framfört att en tvingande reglering kan minska kostnaden förenad med att säkerställa efterlevnad av avtalsmässiga överenskommelser mellan aktiebolag och borgenärer. En tvingande reglering kan på goda grunder anses mer förutsägbar än en dispositiv reglering där avvikelser kan initieras av såväl bolag som borgenär. Självreglering innebär även kostnader i form av förhandlingar och kontroll av efterlevnad. Enligt min mening är detta faktorer som talar för en tvingande reglering. De förtjänster som lyfts fram med ett dispositivt borgenärsskydd bygger till viss del även på ett antagande om att borgenärerna och bolagen agerar rationellt och självreglerar då det är lämpligt. De resonemang som förts i tidigare avsnitt gällande rationalitetsantaganden har även relevans i detta hänseende.³³³

Andersson vänder sig mot ett dispositivt borgenärsskydd med hänvisning till behovet av tvingande normer och dess handlingsdirigerande verkan, särskilt med hänsyn till icke-anpassande borgenärer. Jag anser att denna invändning berör en central aspekt av frågan om det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet. Mot bakgrund av att denna borgenärsgroup kan anses vara som mest skyddsvärd samt ha störst behov av skydd måste lagstiftaren vid utformandet av regleringen ha dessa borgenärers intressen i åtanke. Vad gäller anpassande borgenärer kan ett dispositivt borgenärsskydd sannolikt vara ett gångbart alternativ men avseende icke-anpassande borgenärer är det förenat med större svårigheter. Enligt min mening är de icke-anpassande borgenärernas intressen det starkaste skälet för ett tvingande borgenärsskydd. Ett sådant borgenärsskydd har på goda grunder kritiserats för att vara stelbent och sakna flexibilitet. Det är enligt mig en påtaglig svaghet med tvingande

³³² Jfr avsnitt 4.1.2.

³³³ Jfr exempelvis avsnitt 4.1.4.

reglering som i slutändan får vägas in som en aspekt bland övriga vid valet av reglering och dess närmare utformning.

4.3 Kapitalskyddssystemets utformning

Ställd inför uppgiften att utforma en reglering till skydd för borgenärer behöver lagstiftaren ta hänsyn till stora variationer inom såväl kollektivet av tänkbara borgenärer som bland de aktiebolag som träffas av regleringen. I relation till kapitalskyddsreglerna gör Andersson en distinktion mellan ett borgenärsskydd på nominell respektive substantiell ekonomisk bas. Skyddet för det bundna egna kapitalet utgör enligt Andersson exempel på borgenärsskydd på nominell bas medan försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § 2-3 st. ABL utgör exempel på ett borgenärsskydd på en substantiell bas.³³⁴

Blad anser att det vore lämpligt om ett aktiebolags bundna egna kapital anpassades utifrån dess verksamhet och risker. Hon hänvisar exempelvis till den norska regleringens krav på bolag att vid varje tidpunkt ha försvarlig likviditet och eget kapital, utöver det lagstadgade kravet på minsta aktiekapital. Enligt Blad är en sådant kapitalkrav även i linje med synsättet att en av lagstiftaren bestämd borgenärsbuffert på 25 000 kr inte tvunget får en borgenärsskyddande effekt i alla privata aktiebolag.³³⁵ Andersson har också berört den norska regleringen och anser att hänvisningen till bolagets likviditet är förenlig med den internationella utvecklingen av att premiera bolagets solvens framför ett intakt bundet eget kapital.³³⁶

Centralt för borgenärsskyddet vid värdeöverföringar från bolaget är beloppsspärren respektive försiktighetsregeln. Beloppsspärren utgör, för att använda Anderssons distinktion, ett borgenärsskydd på nominell ekonomisk bas medan försiktighetsregeln istället baseras på en substantiell ekonomisk bas. I relation till värdeöverföringsbegränsningar har jämförelser gjorts gentemot regleringar i andra rättsordningar. Bland annat Andersson har diskuterat regleringen i den amerikanska modellakten Model Business Corporation Act (MBCA) vilken införts i flertalet medlemsstater. I dess 6.40 § uppställs en begränsningsregel som omfattar såväl vinstutdelning, minskning av aktiekapital som förvärv av egna aktier. Enligt bestämmelsen får en värdeöverföring inte företas om bolaget till följd därav saknar förmåga att betala sina skulder samt om bolagets samlade tillgångar efter värdeöverföringen understiger dess skulder.³³⁷ Prövningen kan således sägas bestå i såväl ett insolvenstest (solvency test) som ett insufficienstest (balance

³³⁴ Andersson, 2020, s. 55.

³³⁵ Blad, 2023, s. 152 f.

³³⁶ Andersson, 2020, s. 55 f.

³³⁷ Vid den sistnämnda insufficiensbedömningen ska till bolagets skulder även adderas det belopp som hade fordrats för att tillgodose eventuella prioriterade förmånsrätter för aktieägare vid en eventuell likvidation av bolaget, se 6.40 (C) (2) § MBCA; Andersson, 2020, s. 44 ff.

sheet test).³³⁸ Andersson anser att en fördel med 6.40 § MBCA är att borgenärerna inte ges något löfte om skydd utöver vad som följer av bestämmelsen samt att de därutöver inte får falska förhoppningar om ett skydd genom bolagets bundna egna kapital.³³⁹

Forsebäck menar på liknande sätt att den amerikanska värdeöverföringsmodellen med sitt solvens- och sufficienskrav medför ett realistiskt borgenärsskydd utan att resultera i onödiga merkostnader. Enligt henne är det påkallat med viss ödmjukhet i förhållande till vilket skydd borgenärer kan förväntas erhålla ur bolagsrätten utan att det samtidigt blir allt för betungande för bolagen. Enligt Forsebäck misslyckas ett borgenärsskydd baserat på kapitalskydd med denna avvägning och resulterar snarare i en nettoförlust.³⁴⁰

Det tredje benet i det svenska kapitalskyddssystemet kan sägas bestå av kapitalbristreglerna. Ett alternativ som ofta tas upp i relation till dessa är regler om wrongful trading. En central skillnad gentemot den svenska regleringen, vilken knyter ansvarsgrunden för styrelsens ledamöter till bolagets kapitalbrist, är att ansvarsgrunden enligt wrongful trading-regler istället kopplas till bolagets insolvens.³⁴¹ Ett bakomliggande syfte med reglerna är att förhindra att bolagets borgenärer drabbas av ytterligare skada då det saknas rimliga ekonomiska utsikter för bolagets räddning.³⁴² I korthet medför regleringen att bolagets ledning kan bli skyldiga att bidra till konkursboet om de oaktsamt fortsätter driva verksamheten vid en tidpunkt då den borde ha avvecklats.³⁴³ Exempel på en sådan bestämmelse är den brittiska section 214 i Insolvency Act 1986. Enligt bestämmelsen måste styrelseledamöter vidta åtgärder för att minimera eventuella förluster som bolagets borgenärer kan drabbas av. Underlåtelse att agera i enlighet med denna skyldighet kan resultera i betalningsskyldighet för ledamöterna med ett belopp som domstol bedömer som skäligt. En förutsättning för ansvar är att bolaget trätt i likvidation samt att styrelseledamöterna vid viss tidpunkt före bolagets likvidation insåg eller borde ha insett att sådan likvidation var oundviklig.³⁴⁴ I likhet med de svenska kapitalbristreglerna är det endast konkursförvaltare eller likvidator som har talerätt vid wrongful trading.³⁴⁵

Enligt Andersson är en fundamental skillnad mellan kapitalbristregleringen och wrongful trading-reglerna att de förstnämnda endast utgår från en nominell ekonomisk bas. Wrongful trading tar istället sikte på

³³⁸ För den engelska begrepps användningen, se Dotevall, 2015a, s. 423.

³³⁹ Andersson hänvisar även till liknande regleringar som införts i Nya Zeeland och Holland, jfr Andersson, 2020, s. 46.

³⁴⁰ Forsebäck, 2008/09, s. 213 f.

³⁴¹ Forsebäck, 2008/98, s. 206.

³⁴² Andersson, 2020, s. 57.

³⁴³ Eklund & Stattin, 2021, s. 315.

³⁴⁴ Andersson, 2020, s. 57 f.

³⁴⁵ SOU 2008:49 s. 73

handlingsmönster hos bolagets ledning och risker som borgenärer typiskt sett ställs inför vid förestående insolvens.³⁴⁶ På flera håll har åsikter framförts om att wrongful trading-reglerna bör ersätta de svenska kapitalbristreglerna eller att de sistnämnda ska reformeras i enlighet med de förstnämnda.³⁴⁷

Lagstiftaren kan som framgått ovan välja olika vägar vid utformandet av ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd. Andersson menar att en utvärdering av kapitalsystemets effektivitet som borgenärsskydd måste betrakta kapitalsystemet som en enhet vad gäller såväl dess funktion som systematik. Utifrån ett sådant synsätt blir kapitalsystemet inte starkare än dess svagaste beståndsdel. Ett krav på minsta aktiekapital som saknar betydelse för borgenärsskyddet resulterar enligt Andersson i att kapitalskydds- och kapitaluppbyggnadsregler kommer att sakna motsvarande betydelse. Andersson löper linan ut och anser att en följd därav blir att ett avskaffande av exempelvis kapitalkravet bör leda till avskaffandet av regler om kapitalskydd samt kapitaluppbyggnad. Enligt Anderssons resonemang saknas det principiellt sett skäl att upprätthålla en princip om skydd för det bundna egna kapitalet vid värdeöverföringar samt genom kapitalbristregler för det fall regleringen inte föreskriver något kapitalkrav.³⁴⁸ Schon resonerar, med viss likhet med vad Andersson framför, att ett kapitalkrav implicerar ett system till skydd för aktiekapitalet.³⁴⁹

Sacklén anser att bestämmelser som främjar insyn för borgenärer är av större betydelse än borgenärsskyddsreglerna i ABL. Mot bakgrund därav tillskriver han större vikt vid att borgenärer ges förutsättningar att ta informerade beslut än vid förekomsten av en kapitalskyddsreglering med diskutabel praktisk betydelse.³⁵⁰ Forseback förespråkar på liknande sätt ett främjande av information och anser att bättre förutsättningar för borgenärer att göra adekvata riskbedömningar samtidigt innebär en förbättring av borgenärernas ställning. Som ett led i detta lyfter Forseback bland annat krav på mer frekvent offentliggörande av relevant finansiell information, inte minst avseende privata aktiebolag.³⁵¹ Även Mulbert menar att borgenärers tillgång till information är av stor relevans för borgenärsskydd i allmänhet och borgenärers möjlighet till självskydd i synnerhet. Enligt Mulbert är årsredovisningen tveksam ur detta hänseende då den i regel publiceras en gång per år. En förutsättning för borgenärsskydd genom krav på publicering

³⁴⁶ Andersson, 2020, s. 58 f.

³⁴⁷ Se exempelvis Dotevall, 2015b, s. 35; Stattin, 2009/10, s. 157 f.; Karlsson-Tuula, 2018, s. 380; Eklund & Stattin, 2021, s. 315. Även Andersson har uttalat att wrongful trading-reglerna får anses som ett bättre alternativ än de svenska reglerna om tvångslikvidation vid kapitalbrist, se Andersson, 2020, s. 59.

³⁴⁸ Andersson, 2020, s. 41 ff.

³⁴⁹ Schon, 2004, s. 442; För liknande resonemang, se även uttalandet i SOU 1999:36 på s. 91 om att bestämmelser om minimikapital ”skulle bli i det närmaste meningslösa om det vore fritt att låta täckningen för aktiekapitalet sjunka hur lågt som helst”.

³⁵⁰ Sacklén, 1994, s. 179 f.

³⁵¹ Forseback, 2008/09, s. 214 ff. Vad gäller börsnoterade aktiebolag lyfter Forseback att börsers noteringsavtal i regel uppställer informationsrelaterade krav på bolagen, se s. 215.

av information är enligt honom att informationen är lättillgänglig, uppdaterad och förståelig för borgenärer.³⁵²

Inom den rättsvetenskapliga litteraturen har även försäkringskrav lyfts som en form av potentiellt borgenärsskydd. Armour menar att verksamheter med hög risk skulle kunna förenas med ett krav på försäkringar i proportion med denna risk. Prissättningen av försäkringspremien kan enligt Armour antas vara en mer precis mekanism för att internalisera risken än ett statiskt aktiekapital.³⁵³ Även Mulbert resonerar att försäkringskrav skulle skapa incitament för bolag att minska sitt risktagande för att därigenom minska försäkringspremien, till gagn för inte minst bolagets eventuella icke-anpassande borgenärer.³⁵⁴ Schon har på liknande sätt lyft fördelar med ett potentiellt försäkringskrav.³⁵⁵

Enligt min mening kan Anderssons distinktion mellan en nominell respektive substantiell bas på goda grunder sättas i förgrunden vid en diskussion om borgenärsskyddets utformning. Förutsatt att lagstiftaren i någon mån väljer att tillhandahålla ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd följer oundvikligen uppgiften att konstruera och utforma skyddet. Det svenska aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet består i huvudsak av kapitalskyddssystemet vilket i stort konstruerats utifrån skyddet för det bundna kapitalet. ABL:s statiska krav på minsta aktiekapital påverkar givetvis funktionen av såväl värdeöverföringsbegränsningsreglerna som kapitalbristreglerna. Gemensamt för de alternativa regleringar som kortfattat berörts ovan är att de i motsats till det svenska kapitalsystemet snarare utgår från en substantiell bas med beaktande av bolagsspecifika faktorer som exempelvis solvens. De utländska motsvarigheterna är säkerligen också förenade med vissa brister. Ett borgenärsskydd som likt dessa i större utsträckning vilar på en substantiell bas är emellertid mer dynamiskt och enligt mig bättre rustat för att svara gentemot de stora variationer av behov, förutsättningar och intressen som diskuterats avseende såväl bolag som borgenärer.

En konsekvens av ett dynamiskt regelverk är samtidigt att det kan vara mer svårtillämpat. Ett statiskt kapitalkrav likt det svenska kan tänkas vara enklare för bolag att förhålla sig till och efterleva än den norska motsvarigheten, enligt vilket bolag måste säkerställa det egna kapitalets *försvarlighet*. På samma sätt kan beloppsregeln tänkas skapa färre tillämpningsproblem än försiktighetsregeln. En tänkbar fördel med en reglering på nominell ekonomisk bas är således att det skapar mindre tillämpningssvårigheter. Vid utformningen av borgenärsskyddet bör följaktligen regelverkets komplexitet vägas in som en faktor jämte faktorer som effektivitet och

³⁵² Mulbert, 2006, s. 379 ff.

³⁵³ Armour, 2020, s. 372.

³⁵⁴ Mulbert, 2006, s. 376 & 391.

³⁵⁵ Jfr Schon, 2004, s. 438.

transaktionkostnader. Vad gäller kapitalbristreglerna kännetecknas dessa dock knappast av sin simplicitet och lättillämpade utformning. Det reformförslag som presenterats i SOU 2023:34 anser jag som tidigare nämnt vara ett steg mot ett mer dynamiskt och ändamålsenligt borgenärsskydd.

Skulle lagstiftaren ta ett helhetsgrepp om kapitalsystemet vore de aspekter som framförts gällande informations- och försäkringskrav relevanta att beakta. Ökad tillgång till information skulle vara gynnsamt för inte minst frivilliga borgenärer då det möjliggör för dem att skapa sig en bättre bild av bolaget de potentiellt, eller de facto, befinner sig i ett avtalsförhållande med. Det är även tänkbart att ökad information kan resultera i effektivitetsvinster i form av minskade transaktionskostnader, då anpassande borgenärer inte självmant behöver införskaffa information i samma utsträckning. Vad gäller ofrivilliga borgenärer kommer ökad information inte nödvändigtvis göra någon nämnvärd skillnad mot bakgrund av att de i regel saknar ett avtalsförhållande gentemot bolaget. För dessa borgenärer vore försäkringskrav sannolikt av större betydelse. Ökade krav på försäkring och informationsgivning får samtidigt ses som betungande för bolagen. Lagstiftaren har tidigare lyft intresset av att främja användandet av aktiebolagsformen i relation till kapitalkravets utformning³⁵⁶ och detta intresse får således vägas in som en aspekt bland flera vid en eventuell utökning av de krav som regleringen ställer på aktiebolagen. För att slutgiltigt ta ställning till sådana eventuella krav och dess konsekvenser skulle det enligt mig krävas en mer ingående utredning av frågan.

4.4 Avslutning

Borgenärer är som framgått ingen homogen grupp och följaktligen ett mångfacetterat begrepp. Frågan om aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd blir därmed också en komplex fråga som ges ytterligare dimensioner av att det får antas förekomma variationer bland aktiebolagen. Detta kan sättas i relation till kapitalskyddet i ABL, vilket bereder samma skydd åt alla borgenärer. Såväl frågan avseende *om* borgenärsskydd ska vara föremål för lagreglering som frågan avseende *hur* ett sådant skydd ska utformas har varit föremål för diskussion. För lagstiftaren måste ovan nämnda heterogenitet bland aktiebolag och borgenärer tas i beaktande vid utformandet samt eventuella reformer av kapitalskyddssystemet. En grundläggande distinktion i detta hänseende blir även den mellan reglering på substantiell respektive nominell ekonomisk bas. Enligt min mening talar mycket för att det förstnämnda är att föredra.

³⁵⁶ Jfr avsnitt 3.1.2.2.

5 Sammanfattande slutsatser

Det aktiebolagsrättsliga kapitalskyddet tar utgångspunkt i det bundna egna kapitalet och kan betraktas som en eftergift från aktieägarna i utbyte mot begränsat personligt ansvar. I takt med sänkningar av aktiekapitalet i nominella samt reella termer har det decimerats till ett symboliskt belopp och synen på aktiekapitalet som borgenärsskydd har i princip övergetts av såväl lagstiftaren som inom rättsvetenskaplig litteratur. Ett kapitalkrav utan betydelse för bolagens borgenärer får även konsekvenser för kapitalskyddssystemet i stort. Ur ett borgenärsskyddshänseende kan betydelsen av beloppsspärren anses ha minskat till följd av sänkningar av kapitalkravet. Av motsvarande skäl får istället försiktighetsregeln numera betraktas som det huvudsakliga borgenärsskyddet vid värdeöverföringar. För tvångslikvidationsförfarandets vidkommande har inträdet för styrelsens handlingsplikt satts i relation till aktiekapitalet. Genom sänkningar av aktiekapitalets storlek kan grundförutsättningarna för kapitalbristregleringen till viss del anses ha rubbats. Regleringens borgenärsskyddande verkan har varit föremål för omfattande och återkommande kritik under en längre tid och den nu föreslagna reformen av kapitalbristreglerna får ses mot bakgrund av detta.

I relation till kollektivet av potentiella borgenärer går det att fråga sig i vilken mån dessa kan förlita sig på kapitalskyddsregleringen för att tillgodose deras skyddsbehov. Mot bakgrund av de brister som framförts ur ett borgenärsskyddshänseende avseende framförallt kapitalkravet och kapitalbristreglernas utformning talar mycket för att borgenärer inte kan förlita sig på kapitalskyddssystemet som ett effektivt borgenärsskydd. För frivilliga och anpassande borgenärer är det mot bakgrund av detta naturligt att dessa i olika utsträckning tillgodoser sitt skyddsbehov avtalsvägen. För ofrivilliga och i synnerhet icke-anpassande borgenärer torde denna möjlighet emellertid saknas med följderna att de står utelämnade till kapitalskyddsregleringen och eventuellt skydd till följd av anpassande borgenärers åtgärder. I vilken mån en borgenär kan skydda sig själv torde ha bäring på skyddsvärdheten hos densamma.

Följaktligen framstår ofrivilliga och icke-anpassande borgenärer som att både vara mest skyddsvärda och ha störst behov av ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd. Samtidigt tycks aktiebolagsrättslig reglering eventuellt vara något av ett trubbigt medel för att skapa ett ändamålsenligt och effektivt borgenärsskydd. Synen på kapitalskyddsreglerna som en ”one size fits all”-lösning har framförts på olika håll och heterogeniteten bland aktiebolag och borgenärer talar för att en reglering möjligtvis inte passar alla. Vilken bäring har då detta på behovet av aktiebolagsrättslig reglering?

Borgenärers behov av skydd får antas föreligga oberoende av i vilken omfattning ett sådant skydd tillhandahålls av lagstiftaren. Det kan även

konstateras att både lagreglering och självreglering resulterar i kostnader. I den mån lagregleringen inte fyller sin tilltänkta borgenärsskyddande funktion kan anpassande borgenärer antas självreglera i ökad utsträckning med ökade merkostnader för både borgenärer och bolag som följd. Samtidigt får denna kostnad vägas mot kostnaden förenad med risken att avstå sådan självreglering.

Den stora omfattningen av självreglering som hade krävts i avsaknad av lagreglering talar för behovet av ett lagreglerat borgenärsskydd. Kapitalskyddet kan tänkas fylla funktionen av ett slags standardkontrakt mellan bolag och borgenär samtidigt som det är går att ställa sig frågande till huruvida kapitalskyddsregleringen motsvarar vad dessa självmant hade avtalat om. I relation till lagregleringens dispositiva eller tvingande karaktär finns det såväl fördelar som nackdelar. En dispositiv reglering erbjuder flexibilitet och kan lindra de svårigheter som belysts gällande att utforma en reglering som svarar mot de varierande behov och intressen som föreligger hos aktiebolag och borgenärer. En tvingande reglering kan dock anses medföra större förutsägbarhet och betraktas som önskvärd gentemot icke-anpassande borgenärer. Dessa borgenärers oförmåga att avtalsvägen skydda sina intressen kan även ses som det starkaste skälet till stöd för ett tvingande aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd.

Stora delar av kapitalskyddsregleringen i dess nuvarande utformning är konstruerade utefter en ekonomisk nominell bas. Försiktighetsregeln och den av utredningen föreslagna reformen av kapitalbristreglerna utgår däremot snarare från en ekonomisk substantiell bas där hänsyn i större utsträckning tas till faktorer som bolagets solvens. En sådan reglering kan möjligtvis resultera i större tillämpningssvårigheter. Samtidigt är en sådan reglering mer dynamisk och svarar troligen bättre gentemot de stora variationer som förekommer bland såväl bolagen som dess borgenärer.

Utgångspunkten för framställningen har varit en utredning samt analys av det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet, dess utformning samt behovet därav. En viktig anmärkning i relation till detta är att kapitalskyddsregleringen i ABL inte är den enda formen av borgenärsskydd. Borgenärsskydd kommer i fler skepnader än enbart aktiebolagsrättsliga där exempelvis regler om förmånsrätt och återvinning utgör borgenärsskydd inom ramen för insolvensrätten. Sakrättsliga äganderättsförbehåll, straffrättsliga föreskrifter om brott mot borgenärer och regler om företagsrekonstruktion är också relevanta ur ett borgenärsskyddshänseende. Skulle lagstiftaren ta ett helhetsgrepp om kapitalskyddssystemet vore det lämpligt att även sätta borgenärsskyddet och dess funktion i en bredare utomaktiebolagsrättslig kontext.³⁵⁷ Det får samtidigt anses finnas ett värde i att utreda och analysera det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i en inomaktiebolagsrättslig

³⁵⁷ Liknande resonemang har berörts av Andersson, jfr hänvisning i fotnot 36.

kontext. Enligt min mening får dessa kontexter anses komplettera varandra snarare än att utesluta varandra.

Ett aktiebolagsrättsligt borgenärsskydd och kapitalskyddssystemet i ABL medför oundvikligen att olika intressen i aktiebolaget ställs mot varandra. Borgenärens intressen får vägas mot både aktieägarnas intressen och andra intressen vilka erkänns i aktiebolaget. För frågan om borgenärsskydd kommer sannolikt frågan om vilket intresse som bör eller ska tillmätas störst vikt som en naturlig följd. I en bredare kontext skulle det möjligtvis även gå att sätta det föregående i relation till en diskussion om lojalitetsplikt i aktiebolaget samt gentemot vilka en sådan plikt råder och i vilket skede den träder in. Detta har inte bedömts möjligt inom ramen för framställningen men kan eventuellt vara relevant i både en inom- och en utomaktiebolagsrättslig kontext. Till syvende och sist får borgenärsskydd ses som ett flertydigt begrepp och borgenärsskyddet i aktiebolagsrätten blir således en mångbottnad fråga.

Källförteckning

Litteratur

Andersson, Jan (1995), *Om vinstutdelning från aktiebolag*. Iustus förlag.

Andersson, Jan (1999), 'Kapitalkrav och kapitalskydd i internationellt perspektiv – onödigt borgenärsskydd' i: Langsted, Lars Bo (red.), *Selskabers Kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret* (3). Upplaga 1. Jurist- og Økonomforbundets forlag.

Andersson, Jan (2020), *Kapitalskyddet i aktiebolag – en kritisk lärobok*. Sjunde upplagan. Jure förlag.

Andersson, Sten; Johansson, Svante; Skog, Rolf: *Aktiebolagslagen* (2023-06-05, Version 18, JUNO).

Andrews, Oscar (2022), *Borgenärskollektiv – en studie av fyra borgenäreskollektivs rättsliga klassificering*. Jure förlag.

Bastidas Venegas, Vladimir (2018), 'Rättsekonomi' i: Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Upplaga 2:1. Studentlitteratur.

Bergström, Clas; Samuelsson, Per (2021), *Aktiebolagets grundproblem*. Sjunde upplagan. Norstedts juridik.

Bergström, Clas; Samuelsson, Per (1993) i: Macey, Jonathan R. *Svensk aktiebolagsrätt i omvandling – en rättsekonomisk analys med kommentar av Clas Bergström och Per Samuelsson*. 1:a upplagan. SNS Förlag.

Blad, Karin (2023), *Styrelseledamöters skyldigheter och ansvar vid risk för obestånd och liknande situationer*. Örebro universitet.

Dahlman, Christian (2019), 'Begreppet rättskälla' i: Dahlman, Christian; Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp – en vänbok till David Reidhav*. Upplaga 1:1. Studentlitteratur.

Dahlman, Christian; Glader, Marcus; Reidhav, David (2004), *Rättsekonomi – en introduktion*. Upplaga 2:2. Studentlitteratur.

Dotevall, Rolf (2015a), *Aktiebolagsrätt – fördjupning och komparativ belysning*. Upplaga 1:1. Norstedts Juridik.

Eklund, Karin; Stattin, Daniel (2021), *Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt*. Upplaga 3. Iustus förlag.

Gunnarsson, Åsa; Svensson, Eva-Maria (2023), *Rättsdogmatik – som rättsvetenskapligt perspektiv och metod*. Upplaga 1:1. Studentlitteratur.

Hjertstedt, Mattias (2019), 'Beskrivningar av rättsdogmatisk metod – om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt' i: Mannelqvist, Ruth; Ingmanson, Staffan; Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*. Umeå universitet, s. 165-173.

Johansson, Svante (2022), *Svensk associationsrätt i huvuddrag*. Trettonde omarbetade upplagan. Norstedts juridik.

Karlsson-Tuula, Marie (2018), 'Bolagsledningens ansvar vid ett företags ekonomiska problem i svensk rätt de lege ferenda' i: Edlund, Lars; Herre, Johnny; Johansson, Svante O.; Kleineman, Jan; Lennander, Gertrud (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*. Jure förlag, s. 367-380.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod' i: Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Upplaga 2:1. Studentlitteratur.

Lindell-Frantz, Eva; Roos, Carl Martin (1985), *Generös avtalstillämpning: om skadereglering i konsument- och företagsförsäkring*. Skrifter utgivna Juridiska föreningen i Lund nr 76. Juridiska föreningen.

Lindroos-Moll, Sebastian (2020), *Värdering vid upprättande av kontrollbalansräkning – en aktiebolagsrättslig och redovisningsrättslig studie*. Karlstads universitet.

Lehrberg, Bert (2016), *Aktiebolagsrätt*. Upplaga 1:1. Iusté.

Lehrberg, Bert (2022), *Praktisk juridisk metod*. Upplaga 14:1. Iusté.

Lindskog, Stefan (2023), *Kapitalbrist i aktiebolag – kommentarer till kap. 25:13-20 ABL*. Tredje upplagan. Nordstedts juridik.

Macey, Jonathan R. (1993), *Svensk aktiebolagsrätt i omvandling – en rättsekonomisk analys med kommentar av Clas Bergström och Per Samuelsson*. 1:a upplagan. SNS Förlag.

Nerep, Erik (2003), *Aktiebolagsrättslig analys – ett tvärsnitt av nyckelfrågor*. Stiftelsen Mercurius.

Nerep, Erik; Adestam, Johan; Samuelsson, Per: *Aktiebolagslagen (2005:551)*, Lexino, 2020-12-03 (JUNO).

Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod*. Upplaga 1:1. Norstedts juridik.

Posner, Richard A. (2014), *Economic analysis of law*. Ninth edition. Wolters Kluwer Law & Business.

Ramberg, Christina (2018), *Rättskällor – en introduktion i kritiskt tänkande*. Upplaga 1:1. Norstedts juridik.

Samuelsson, Per, Aktiebolagslagen (2005:551), Karnov, besökt 2023-11-20 (JUNO).

Sandgren, Claes (2021), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod, argumentation och språk*. Femte upplagan. Norstedts juridik.

Sandström, Torsten (2023), *Svensk aktiebolagsrätt*. Åttonde upplagan. Norstedts juridik.

Skog, Rolf (2023), *Rodhes aktiebolagsrätt*. Tjugosjunde upplagan. Norstedts juridik.

Tidskrifter

Almlöf, Hanna (2017), 'När dispositiva lagregler blir tvingande – om behovet av kreativitet i det aktiebolagsrättsliga lagstiftningsarbetet'. *Svensk juristtidning* s. 9-30.

Andersson, Jan (2005), 'Det nya aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet – rättspolitiska funderingar'. *Nordisk tidsskrift for Selskabsret* s. 75-86.

Andersson, Jan (2012), 'ABL – Monsters Inc.? Ett standardkontraktuellt perspektiv på ABL och förslaget till SPE-bolag'. *Juridisk publikation* s. 85-96.

Andersson, Jan (2014), 'ABL och värdeöverföringar – en replik'. *Svensk juristtidning* s. 72-91.

Andersson, Jan (2017), 'Olovlig värdeöverföring och koncernbidrag i HD – mekanisk juridisk verkstad eller rättspolitisk designbyrå?'. *Svensk juristtidning* s. 124-136.

Armour, John (2006), 'Legal capital – an outdated concept'. *European Business Organization Law Review* 7 s. 5-27.

Armour, John (2000), 'Share capital and creditor protection: efficient rules for a modern company law'. *The Modern Law Review* s. 355-378.

Bebchuck, Lucian Arye (1989), 'The debate on contractual freedom in corporate law'. *Columbia Law Review* s. 1395-1415.

Bernstein, Anita (2005), 'Whatever happened to law and economics?' *Maryland Law Review* vol. 64 iss. 1 s. 303-336.

Clark, Robert Charles (1977), 'The duties of the corporate debtor to its creditors'. *Harvard Law Review* s. 505-562.

Dworkin, Ronald M. (1980), 'Is wealth a value?' *The journal of Legal studies* vol 9. no 2. s. 191-226.

Engstedt, Urban; Svernlöv, Carl (2009), 'Debatt: behövs verkligen bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist?' *Balans* s. 44-45.

Enriques, Luca; Macey, Jonathan R. (2001), 'Creditors versus capital formation: the case against the european legal capital rules'. *Cornell Law Review* s. 1166-1204.

Forsebäck, Anne (2008/09), 'Det aktiebolagsrättsliga borgenärsskyddet i EU – hög tid för reform'. *Juridisk tidskrift* s. 200-219.

Lehrberg, Bert (2012), 'Begreppet förtäckt värdeöverföring – särskilt om rekvisitet rent affärsmässig karaktär för bolaget'. *Svensk Juristtidning* s. 537-575.

Lehrberg, Bert (2013), 'Rättsverkan av olovlig förtäckt värdeöverföring'. *Svensk Juristtidning* s. 449-492.

Lindroos-Moll, Sebastian (2023), 'Rådfrågningsfristens startpunkt – bör aktieägare kunna minska sina risker på borgenärernas bekostnad?' *Juridisk tidskrift* s. 54-71.

Mulbert, Peter O. (2006), 'A synthetic view of different concepts of creditor protection, or: a high-level framework for corporate creditor protection'. *European Business Organization Law Review* s. 357-408.

Nerep, Erik (1994), 'Om borgenärsskyddet i aktiebolag'. *Juridisk tidskrift* s. 549-560.

Nerep, Erik (2009), 'Aktiebolagslagens "nya" försiktighetsregel – bestående rättsosäkerhet'. *Nordisk tidskrift för selskabsret* nr. 4 s. 46-69.

Nerep, Erik (2017), 'Formlösa och formenliga värdeöverföringar enligt aktiebolagslagen'. *Balans fördjupning* nr 2.

Pehrson, Lars (2005/06), 'Högsta domstolen tolkar bestämmelserna om tvångslikvidation på grund av kapitalbrist'. *Juridisk tidsskrift* s. 667-673.

Posner, Richard A. (1979), 'Utilitarianism, economics and legal theory'. *The Journal of Legal studies* vol. 8 no. 1 s. 103-140.

Posner, Richard A. (1997), 'Rational choice, behavioral economics, and the law'. *Stanford Law review* no. 50, s. 1551-1575.

Rickford, Jonathan (2006), 'Legal approaches to restricting distributions to shareholders: balance sheet tests and solvency tests'. *Cambridge University Press* s. 135-179.

Sacklén, Mats (1994), 'Om skyddet för aktiebolagets borgenärer'. *Svensk Juristtidning* s. 136-180.

Samuelsson, Per (2012), 'Kapitaltäckningsgaranti till förmån för aktiebolag – är den allmänna uppfattningen hållbar?' *Ny Juridik* 1:12 s. 7-28.

Schon, Wolfgang (2004), 'The future of legal capital'. *European Business Organization Law Review* s. 429-448.

Skog, Rolf (2006), 'Är det dags att avskaffa aktiebolagslagens krav på ett minsta tillåtet aktiekapital i privata aktiebolag?' *Nordisk tidsskrift for selskabsret* nr. 4 s. 61-73.

Smiciklas, Martin (1989), 'Aktiebolagsrättens utveckling'. *Svensk juristtidning* s. 39-56.

Stattin, Daniel (2009/10), 'Stefan Lindskog, Kapitalbrist i aktiebolag, Kommentar till kap. 25:13-20 ABL, Nordstedts Juridik, 2008, 231 s.' *Juridisk tidsskrift* s. 157-164.

Sunstein, Cass R., Jolls, Christine; Thaler, Richard H. (1998), 'A behavioral approach to Law and Economics'. *Stanford Law Review* no. 50 s. 1471-1550.

Övrigt källor

Dotevall, Rolf (2015b), PM 2015:12 Den internationella utvecklingen på området aktiebolagsrätt – påverkan på svensk rätt. Tillväxtverket.

Fara, Michele, (2016), 'Högsta domstolens avgörande blottlägger ett tekniskt kryphål i aktiebolagslagen', <https://www.dagensjuridik.se/nyheter/highlights-fran-hd-9/>, Dagens Juridik (besökt 2023-11-27).

Nationalencyklopedin, 'Nattväktarstat', <https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/nattvaktarstat> (besökt 2023-12-06)

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1910:54 Kungl. Maj:ts nådiga proposition till Riksdagen med förslag till lag om aktiebolag och till lag om vissa ändringar i lagen om handelsbolag och enkla bolag den 28 juni 1895

Prop. 1944:5 Kungl. Maj:ts proposition till Riksdagen med förslag till lag om aktiebolag, m.m.

Prop. 1973:93 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om konvertibla skuldebrev m.m.

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

Prop. 1993/94:196 Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385) m.m.

Prop. 2000/01:150 Likvidation av aktiebolag m.m.

Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag

Prop. 2009/10:61 En sänkning av kapitalkravet för privata aktiebolag

Prop. 2019/20:21 Lägre kapitalkrav för privata aktiebolag

Utredningsbetänkanden

SOU 1895:1 Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m.m.

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

SOU 1971:15 Förslag till aktiebolag m.m.

SOU 1999:36 Likvidation av aktiebolag

SOU 2008:49 Aktiekapital i privata aktiebolag

SOU 2009:34 Förenklingar i aktiebolagslagen m.m.

Ds 2019:6 Lägre kapitalkrav för privata aktiebolag

SOU 2023:34 Bolag och brott – några åtgärder mot oseriösa företag

Utskottsbetänkanden

Särskilda utskottets memorial nr 1 vid 1895 års riksdag

Särskilda utskottets memorial nr 1 vid 1944 års riksdag

Aktiebolagskommitténs betänkande 1908 Förslag till lag om aktiebolag – även som till andra därmed sammanhängande författningar.

Kommittédirektiv

Dir. 2021:115 Bolaget som brottsverktyg

Rättsfall m.m.

Högsta domstolen

NJA 2012 s. 858

NJA 2013 s. 725

NJA 2014 s. 877

NJA 2015 s. 359

NJA 2018 s. 602

Högsta domstolens dom meddelad 2023-11-02 i mål T 8042-21