



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Diana Grapengiesser

Koncernintresset

—

En studie av koncernens plats i svensk bolagsrätt

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Samuelsson

Termin för examen: Period 1 VT2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 BAKGRUND	5
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	6
1.3 METOD	7
1.3.1 Rättsdogmatisk metod.....	7
1.3.2 Konstruktiv rättsvetenskap och rättekoniskt perspektiv.....	8
1.3.3 Ekonomisk teori	9
1.4 AVGRÄNSNINGAR	10
1.5 MATERIAL.....	11
1.5.1 Materialet utifrån rättskälleläran.....	11
1.5.2 Komparativt material.....	13
1.6 TERMINOLOGI.....	13
1.7 FORSKNINGSLÄGE.....	14
1.8 DISPOSITION.....	15
2 EN TILLBAKABLICK	17
2.1 INLEDNING	17
2.2 AKTIEBOLAGET.....	17
2.2.1 Det begränsade ansvaret.....	17
2.2.2 Den juridiska personen.....	19
2.3 KONCERNEN	22
2.4 UTVECKLINGEN INOM EU	25
2.4.1 Legalitetsprincipen.....	26
2.5 KOMMENTAR TILL KAPITLET.....	28
3 KONCERNEN IDAG	31
3.1 INLEDNING	31
3.2 MOTIV FÖR KONCERNBILDNING	31
3.3 VAD ÄR EN KONCERN?.....	33
3.3.1 Det juridiska begreppet – Entity-theory.....	34
3.3.2 Det ekonomiska begreppet – Enterprise-theory	36
3.3.3 En utblick.....	38
3.4 NÄR FÖRELIGGER EN KONCERN?	39
3.4.1 50/50-bolag	42
3.4.2 Kan ett dotterbolag ha flera moderbolag?	44
3.5 KOMMENTAR TILL KAPITLET.....	45
4 MODERBOLAGETS MÖJLIGHET ATT STYRA DOTTERBOLAGET	47
4.1 INLEDNING	47
4.2 BESTÄMMANDE INFLYTANDE	47
4.3 STYRNING ENLIGT ABL	49
4.3.1 Begränsningar i stämmans styrningsmöjligheter	50
4.4 STYRNINGEN I PRAKTIKEN.....	51
4.5 KOMMENTAR TILL KAPITLET.....	52

5	MODERBOLAGETS ANSVAR FÖR DOTTERBOLAGETS SKULDER.....	54
5.1	INLEDNING	54
5.2	DET BEGRÄNSADE ANSVARET UR ETT EKONOMISKT PERSPEKTIV.....	55
5.3	SKADESTÅND ENLIGT ABL 29 KAP. 3 §	56
5.3.1	<i>Överträdelse av generalklausulerna</i>	57
5.3.2	<i>Tillämpning av 29 kap. 3 § på moderbolaget</i>	58
5.3.3	<i>Moderbolagets ansvar i förhållande till dotterbolagets styrelse</i>	59
5.4	SHADOW DIRECTOR.....	59
5.5	ANSVARSGENOMBROTT.....	61
5.5.1	<i>Kommentarer i doktrin och förarbeten.....</i>	64
5.5.2	<i>NJA 2014 s. 877.....</i>	65
5.5.3	<i>Ansvarsgenombrott idag – Kommentarer i doktrin beträffande fallet.....</i>	66
5.5.4	<i>Betydelsen av ansvarsgenombrott för koncernförhållanden.....</i>	67
5.6	KOMMENTAR TILL KAPITLET.....	69
5.6.1	<i>Skadestånd.....</i>	69
5.6.2	<i>Shadow Director-institutet.....</i>	70
5.6.3	<i>Ansvarsgenombrott</i>	71
5.6.4	<i>Skillnader och likheter i förhållande till aktiebolagsrättslig problematik</i>	72
6	ANDRA SKYDDSREGLER	74
6.1	INLEDNING	74
6.1.1	<i>Minimikapital.....</i>	74
6.1.2	<i>Förbudna värdeöverföringar.....</i>	75
6.1.3	<i>Utdelningsbegränsning.....</i>	76
6.1.4	<i>Likvidation och inlösen.....</i>	76
6.2	KOMMENTAR TILL KAPITLET.....	76
7	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER.....	78

Summary

The essay concerns the corporate group's place in Swedish corporate law. Corporate groups are commonly used as a method to achieve enterprise integration. The number of limited liability companies that are part of a corporate group is increasing, and involved one in five of all Swedish limited liability companies in 1997.

The Companies Act was developed during a time when corporate groups were rare. It therefore rests on premises that generally do not apply under the particular circumstances of corporate groups. As a consequence of the historical evolution of the Companies Act, the legislation is based on the theory of the corporate entity. Legally, corporate groups are considered as being a composition of legal entities, which are separate and distinct from each other. In reality, however, corporate groups are operated economically as one integrated entity. The parent company often exercises control over the subsidiary companies to achieve the targets set for the corporate group as a whole. As a result of this divergence between corporate theory and the underlying economic facts, an increased risk arises for creditors and minority shareholders in the subsidiary companies. As a consequence of aforementioned risks materializing, the issue of company groups has attracted the attention of the legislator several times. Legislation which aims to restore the balance of interests in corporate groups has therefore been added to the Companies Act. Nevertheless, a holistic approach to the substantive law of corporate groups has not been taken. There hence remains a discrepancy between the actual and the legal treatment of corporate groups.

The problems concerning corporate groups can be summarized to being about control and responsibility within the group. The question is of when a parent company has the right to control the subsidiaries under the overall group interest, without being responsible for the subsidiary's obligations. It is thus ultimately a question of the limits of the legal person and of the shareholders' limited liability. The essay revolves around the possible recognition of the group as a unit with an interest of its own, separate from the individual interests of the subsidiary companies. Regulatory historical development, motives behind corporate groups, existing statutory protection of creditors and minority shareholders, and the purpose of the legislation have been taken into account to analyze the need for such recognition.

The essay concludes that a legal recognition of the interest of corporate groups would be appropriate from a legal economical perspective. Recognition can be achieved either by legislation or through interpretation of existing legislation concerning governance and accountability. A review of the classic conception of the legal entity and recognition of the corporate group interest entails an approximation of legislation to reality, without imposing far-reaching protective legislation which hampers further corporate group formation. A possible recognition of the corporate group interest prompts, however, that the current legislation be reviewed.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar koncernens plats i svensk bolagsrätt. Koncernbildning är en vanligt förekommande metod av företagsintegration såväl i Sverige som utomlands. Antalet aktiebolag som har koppling till koncerner är ökande och innefattade redan 1997 var femte svenskt aktiebolag.

Aktiebolagslagen (2005:551) utvecklades under en tid då koncerner var ovanliga och vilar således på premisser som generellt inte gäller i dessa förhållanden. Till följd av lagens historiska utveckling ligger teorin om den enskilda juridiska personen som enhet till grund för lagstiftningen. Koncernförhållandet anses på så sätt vara en sammansättning av separata och från varandra skilda rättssubjekt. I realiteten behandlas emellertid koncernen i ekonomiskt hänseende som en integrerad enhet. Moderbolaget utövar ofta styrning över dotterbolagen för att nå de mål som ställs upp för koncernen som helhet. Till följd av detta uppkommer risker framförallt för borgenärer och minoritetsdelägare i dotterbolagen. Med anledning av att dessa risker infriats vid ett antal tillfällen har problematiken kring koncerner uppmärksamats i såväl svensk som europeisk rätt ett flertal gånger. Särskilda regler har tillkommit för att återställa intressebalansen i koncernförhållanden till den i fristående aktiebolag. Något helhetsgrepp på koncernrätten som rättsområde har emellertid inte tagits. Det föreligger således även fortsatt en diskrepans mellan den praktiska och den juridiska behandlingen av koncerner vilket medför luckor i lagstiftningen.

Koncernproblematiken kan sammanfattas till att handla om styrning och ansvar i koncernen. Problematiken rör moderbolagets rätt att styra dotterbolaget enligt det övergripande koncernintresset utan att ansvara för dotterbolagets förpliktelser. Det är således ytterst en fråga om gränserna för den juridiska personens rättssubjektivitet och det begränsade personliga ansvaret för aktieägare. Uppsatsens frågeställning kretsar kring ett eventuellt erkännande av koncernen som enhet med ett från de enskilda dotterbolagen fristående intresse. Lagstiftningens historiska utveckling, de motiv som ligger bakom koncernbildning samt ändamålet med lagstiftningen har behandlats för att analysera behovet av ett sådant erkännande.

Uppsatsen mynnar ut i slutsatsen att ett förstärkt koncernintresse torde vara ändamålsenligt ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Så kan ske direkt genom lagstiftning eller indirekt genom tolkning av styrnings- och ansvarsreglerna i rättstillämpningen. Ett förstärkt koncernintresse innebär en tillnärmning av lagstiftningen till den faktiska användningen av koncernförhållanden som styrmedel, utan att införa långtgående skyddsreglering vilken hämmar den fortsatta koncernbildningen. Ett eventuellt erkännande av koncernintresset föranleder emellertid att lagstiftningen måste ses över. Tolkningsen av stora delar av skyddslagstiftningen vilar på premissen att varje bolag har ett eget intresse, vilket i första hand är vägledande för huruvida en åtgärd är tillåten.

Förord

Att skriva förordet till sin examensuppsats.

Dessa ord sätter punkt för skrivandet av denna uppsats och därmed min tid som juriststudent i Lund. Orden väger därför tungt. Inte tungt för att de är fyllda med sorg över att tiden i Lund är över. Nej, de är tunga av fem år fyllda med otroligt mycket kärlek, vänskap och glädje.

Avslutet på juristprogrammet är även början på något nytt. För fem år sedan kom jag till Lund utan att veta vad jag kunde vänta mig. Fem år senare lämnar jag Lund med otaliga fester, bruncher, resor, lekar, föreläsningar, nätishäng, utklädnader, tentor, traditioner och framförallt – en ny familj – i bagaget. Därför vill jag här tacka Lund för dessa fem fantastiska år. De kommer att spilla över in i det fortsatta livet under lång tid framöver och jag kommer för alltid att hålla hårt i de vänner jag tar med mig härifrån.

Jag vill rikta ett särskilt tack till älskade Måns. För att du varit handen att hålla och armarna att dansa med.

Avslutningsvis vill jag även tacka min handledare, Per Samuelsson, för litteraturtips, intressanta diskussioner och tålmod.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:331)
Ds	Departementsserien
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
FEU	Fördraget om europeiska unionen
FEU	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
Fi	Finansinspektionen
FirmaL	Firmalag (1974:156)
JT	Juridisk tidskrift
MÖD	Mark- och miljööverdomstolen
NTS	Nordisk tidskrift for selskabsret
Prop.	Proposition
SL	Stiftelselagen (1994:1220)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)
ÄABL	Aktiebolagslag (1975:1385)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Aktiebolaget fick sina nuvarande kanske mest framträdande karakteristika, nämligen formen av juridisk person och därmed rättssubjektivitet samt aktieägarnas begränsade ansvar i förhållande till bolaget, i början på 1900-talet. Aktiebolaget, och den juridiska personen överlag, likställs idag i många avseenden med en fysisk person vad gäller rättskapacitet. Bolaget bildar således en egen enhet, avskild från dess ägare. ABL bygger på denna idé om aktiebolaget som en enskild rättslig enhet. De premisser som var för handen när denna teori utvecklades har emellertid åsidosatts genom utvecklingen av koncerner.

I näringslivet används koncernförhållanden för att uppnå såväl ekonomiska som organisatoriska och juridiska fördelar. Koncernförhållandet, där ett bolag har ett bestämmande inflytande över andra bolag, skapar definitionsmässigt en konflikt med den traditionella och i ABL uttryckta teorin om aktiebolaget som fristående enhet. Vidare uppstår risker för borgenärer och minoritetsägare i bolag som ingår i koncerner, vilka inte föreligger vid ägande i ett aktiebolag som inte ingår i en koncern. Till följd av en ökande integration genom koncerner och att de risker som uppkommer i koncernförhållanden infriades, uppmärksammades behovet av lagstiftning till skydd för intressenter i koncerner. De regler som infördes var främst av bokföringsmässig karaktär, och syftade till att ge berörda aktörer en överblick av verksamheten i de enskilda bolagen såväl som i koncernen som helhet. Dessa regler om koncernredovisning gäller än idag. Lagstiftaren avser med reglerna att åstadkomma en möjlighet till riskavvägning och kontroll för intressenterna i koncernen.

Utgångspunkten i svensk rätt i allmänhet, och i bolagsrätten i synnerhet, är än idag att den traditionella synen på aktiebolaget som enskild enhet kvarstår. Detta innebär bland annat att något koncernintresse, det vill säga övergripande intresse för koncernen som helhet, inte erkänns. Till följd av att något koncernintresse inte erkänns har borgenärer och minoritetsdelägare i koncerner i princip inte några särskilda koncernrättsliga skyddsregler att förlita sig på, utan de ”vanliga” reglerna gäller även för dem.

Koncernbegreppet behandlades intensivt av rättsvetenskapen åren före och efter att bestämmelserna om den nya koncerndefinitionen till följd av att det sjunde bolagsdirektivet trädde ikraft, den 1 januari 1996. I samband med utarbetandet av 2005 års aktiebolagslag uppmärksammades koncernproblematiken även av lagstiftaren och Aktiebolagskommittén fick i uppdrag att bedöma styrningen och ansvarsförhållandena mellan bolagen och deras bolagsorgan i koncernförhållanden. Kommitténs intresse för materiell koncernrätt visade sig

emellertid vara obefintligt. Praktiker ansåg, till skillnad från akademiker, inte att frågan var värd att diskutera.¹ Problematiken med koncerner kvarstår därmed fortfarande. Frågan är, till skillnad mot vad som uttrycktes i samband med Aktiebolagskommitténs arbete, inte enbart teoretisk utan påverkar i princip all lagstiftning som är tillämplig i koncernförhållanden. Vidare är frågan om koncernintresset intressant på ett teoretiskt såväl som praktiskt plan, då den ställer gränserna för den juridiska personen och det begränsade personliga ansvaret i fokus.

Inom bolagsrätten har några förändringar skett de senaste åren, vilka påverkar koncernrätten och vilka bör föranleda en ny undersökning av huruvida skyddet för borgenärer och minoritetsdelägare även fortsättningsvis är tillfredsställande eller om det bör ses över. Doktrin har framförallt fokuserat på behovet av kodifiering av koncernrätten ur ett skyddsperspektiv. Den här framställningen fokuserar därför särskilt på det övergripande ändamålet med lagstiftarens behandling av koncernförhållandet och behandlar frågan ur ett rättsekoniskt perspektiv. Uppsatsen koncentreras frågan om ett eventuellt erkännande av koncernintresset, snarare än behovet av införande av materiell skyddsreglering och ämnar på så sätt sätta de organisatoriska frågorna om koncernen i centrum.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna framställning har till syfte att undersöka och analysera rättsläget beträffande koncerner. Avsikten är att därigenom kunna problematisera och bedöma betydelsen av ett eventuellt bolagsrättsligt erkännande av ett koncernintresse. Med andra ord är den genomgripande problemställningen för uppsatsen: *Bör koncernintresset erkännas i svensk bolagsrätt och i så fall, vilken betydelse får ett sådant erkännande?* Syftet innefattar en kartläggning såväl som kritisk granskning av rättsutvecklingen och gällande rätt. Uppsatsen tar sin utgångspunkt i en jämförelse av aktiebolaget och koncernförhållandet. Den särskilda problematik som uppkommer i koncernförhållanden beaktas och de rättsekoniska aspekterna av koncernförhållandet blir belysta.

För att uppnå syftet med uppsatsen ställs följande frågeställningar upp:

- Vilken grund vilar den svenska koncernrättsregleringen på?
- Hur kan ändamålet med koncernbildning ses i relation till den juridiska synen på koncernen?
- Vad är ändamålet med den bolagsrättsliga regleringen av koncerner?
- Hur uppfylls borgenärs- respektive minoritetsskyddet idag?

¹ Svensson, SvJT 2001 s. 637, s. 647 f.

1.3 Metod

1.3.1 Rättsdogmatisk metod

Rättsvetenskapen anses generellt kunna delas in i ett antal disciplin- och metodområden.² Exakt hur indelningen bör ske är inte allmänt vedertaget. Det finns många olika sätt att definiera vad som omfattas inom rättsvetenskapens ramar. Lambertz delar in rättsvetenskapen i tre grenar bestående av *allmän rättslära* i vid bemärkelse, *deskriptiv rättsdogmatik* och *konstruktiv rättsdogmatik*.³ Lambertz menar att syftet med den vetenskapliga forskningen avgör vilken rättsvetenskaplig metod som är aktuell då olika kunskaper eller insikter kan fås från de olika metoderna.⁴ Även enligt Peczenik omfattar rättsvetenskapen i första hand ett antal juridiska discipliner, vari rättsdogmatiken återkommer som ett huvudsakligt inslag för att tolka och systematisera gällande rätt.⁵ För att uppnå uppsatsens syfte krävs att gällande rätt kartläggs och systematiseras. Av denna anledning är den rättsdogmatiska metoden en lämplig om inte nödvändig utgångspunkt vad gäller metodval.

I den rättsdogmatiska metoden ingår enligt Sandgren att behärska rättskällevärdet, den juridiska argumentationen, den juridiska begreppsbildningen och den juridiska systematiken. Avgörande för rättsdogmatiken är således att traditionella rättskällor tolkas.⁶ Det är en nödvändig förutsättning vid tillämpning av den rättsdogmatiska metoden att de rättskällor som används är auktorativa. Enligt Peczenik inryms material som ska, bör och får citeras vid lagtolkning i dylika rättskällor.⁷ Den rättsdogmatiska metoden har således haft betydelse särskilt i urvalet av källor till uppsatsen. En bedömning av de källor som tillämpats görs i avsnitt 1.4 nedan.

Svensk rättsdogmatik vilar enligt Olsen på ett rättspositivistiskt vetenskapsideal på så sätt att den rättsdogmatiska uppgiften blir att ge en ”auktoritativ utsaga om gällande rätt”. Som en följd därav kommer det som även uttryckts ovan, att rättsdogmatikens uppgift är att ”beskriva, systematisera och tolka gällande rätt”.⁸ Den positivistiska riktningen visas enligt Olsen genom bland annat två av de inriktningar som utvecklats inom rättsvetenskapen. *Begreppsjurisprudensen* med särskild inriktning på begrepp och systematik och *intressejurisprudensen* med inriktningen på tolkning och tillämpning.⁹ Uppsatsen analyserar i dess första del gällande rätt ur ett historiskt perspektiv. Den begreppsbildning som skett i bolagsrätten får här en central roll för att utröna vilka grundpelare den svenska

² Peczenik, SvJT 2005, s. 249.

³ Lambertz, SvJT 2002, s. 264 f.

⁴ Lambertz, SvJT 2002, s. 265 f.

⁵ Peczenik, SvJT 2005, s. 249 f.

⁶ Sandgren, JT 1995/96, s. 727 f.

⁷ Peczenik, (1980), s. 49 f.

⁸ Olsen, SvJT 2004 s. 105, s. 111.

⁹ Olsen, SvJT 2004 s. 105, s. 111.

koncernrätten vilar på. Något bör därför sägas om begreppsjurisprudens som metod.

Begreppsjurisprudensen förespråkades främst i tysk rättsvetenskap under andra halvan av 1800-talet. Den innebär kortfattat att lösningar på rättsliga problem söks genom att rättsliga satser subsumeras under definitioner av begrepp.¹⁰ Svaret på den rättsliga frågan anses på så sätt kunna deduceras ur begreppet, vilket är beständigt och uppbyggt av nödvändiga förutsättningar.¹¹ Begreppsjurisprudensen strävade på så sätt efter exakthet i begreppsbildningen, och utgick samtidigt från att rätten var utan luckor och att lösningar således gick att finna inom rätten.¹² Det aktiebolagsrättsliga begreppet ges i uppsatsen i viss mån i enlighet med detta betydelse som ett beständigt och av förutsättningarna nödvändigt begrepp. Så görs dock utifrån premissen att det de facto är ett dynamiskt begrepp, där det är ändamåls- och förutsebarhetsöverväganden som nödvändiggör viss kontinuitet. Även då begreppet ges självständig betydelse i uppsatsen sker detta med andra ord utifrån förutsättningen att begreppet kan, och bör, påverkas av yttre omständigheter.

I bolagsrätten har traditionellt intressejurisprudens varit framträdande som tillämpad metod för att avgöra rättsfrågor. Intressejurisprudens innebär i korthet att intressen vägs mot varandra, inom bolagsrätten typiskt sett en avvägning mellan borgenärs- och aktieägarintressen.¹³ Numera har teleologiska metoder, och därmed ändamålsöverväganden, i allt större utsträckning fått genomslag i bolagsrättslig forskning. Så även i denna framställning. Till skillnad från intressejurisprudens sker intresseavvägningen i dessa metoder inte utifrån lagstiftarens perspektiv och dennes avvägning mellan intressen.¹⁴

Denna genomgång av två av riktningarna utifrån det rättspositivistiska vetenskapsidealet syftar till att visa att uppsatsen söker att analysera gällande rätt inte från ett inre perspektiv, även om sådana inslag med nödvändighet förekommer i rättsvetenskaplig forskning, utan från ett yttre perspektiv. Betydelsen av denna inställning för metodvalet utvecklas och förklaras närmre nedan.

1.3.2 Konstruktiv rättsvetenskap och rättekonomiskt perspektiv

Uppsatsens huvudsakliga syfte är inte att kartlägga gällande rätt, utan att utvärdera och ifrågasätta betydelsen av gällande rätt ur dess samhälleliga och ändamålsenliga funktion. Som nämnt ovan har teleologiska överväganden getts stor betydelse i utredningen. Uppsatsen intar således en normativ ställning till gällande rätt där denna kritiserar och eller rättfärdigas utifrån antagna och nedan

¹⁰ Stattin (2008), s. 44; Kleineman (2013), s. 42.

¹¹ Kleineman (2013), s. 42.

¹² Peczenik (1974), s. 144.

¹³ Stattin (2008), s. 44; Åhman (1997), s. 34 ff.

¹⁴ Stattin (2008), s. 44 f.

preciserade perspektiv. Huruvida den traditionella rättsdogmatiken tillåter normativa ståndpunkter och överväganden i förhållande till gällande rätt är omdiskuterat.¹⁵ Kritik har förekommit av metoden såsom varandes alltför begränsad till att enbart utreda vad som är gällande rätt. Därmed anses den rättsdogmatiska metoden inrikta sig på rättstillämparens problem.¹⁶ Konstruktiv rättsvetenskap brukar den metod där gällande rätt omvärderas utifrån dess samhällsliga funktion och ändamålsenlighet benämnas, vilken har kompletterat den rättsdogmatiska metoden för denna uppsats vidkommande.¹⁷

Till följd av de ändamålsöverväganden som ges stor betydelse i uppsatsen uppkommer en ekonomisk aspekt av framställningen. Aktiebolagslagens ändamål är i mångt och mycket av ekonomisk natur, varmed ekonomiska resonemang vid utvärderingen av regelverket framstår som en viktig del av uppsatsen i förhållande till dess syfte.¹⁸ För att diskussionen om koncernintresset ska vara fruktbar¹⁹ har denna ekonomiska dimension således varit nödvändig. Detta har påverkat metodvalet genom att ett rättsekonometiskt perspektiv anlagts. Ekonomiska teorier har vidare givits viss betydelse för uppsatsen.

Rättsekonomin som vetenskap behandlar rättens roll i samhällsekonomin. Utgångspunkt tas i att individer strävar efter att maximera sin egen nytta. Ingående av avtal görs således av vinstmaximeringsskäl, av vilket följer att varje avtal som ingås frivilligt mellan rationella personer ökar det totala välbefindandet i samhället.²⁰ Genom rättsekonomin tillhandahålls en argumentationsmodell där det primära syftet med en lagregel är att skapa ekonomisk effektivitet. Denna argumentationsmodell är fördelaktig i aktiebolagsrättsliga frågor då aktiebolagets problem grundar sig i en intresseavvägning. Det föreligger därmed en svårighet för lagstiftaren att avgöra vilket skyddsbehov som krävs i relation till den fördyring av önskade marknadsaktiviteter som uppstår då skyddet stärks.²¹ Det rättsekonometiska perspektivet används därför i denna uppsats för att argumentera kring hur regelverket ska utformas för att nå det bakomliggande syftet så effektivt som möjligt.²²

1.3.3 Ekonomisk teori

Till följd av det rättsekonometiska perspektiv som anlagts på utredningen förekommer viss ekonomisk teori som grund till uppsatsen. Användningen av

¹⁵ Olsen, SvJT 2004 s. 105, s. 112, särskilt not. 40.

¹⁶ Se bl.a. Peczenik, SvJT 2005, s. 252; Hellner (2001), s. 22; Agell, SvJT 2002 s. 243, s. 247 f.; Olsen, SvJT 2004 s. 105, s. 107.

¹⁷ Agell, (1997), s. 43; Se även Lambertz angående *konstruktiv rättsdogmatik de lege ferenda*, Lambertz, SvJT 2002, s. 264 f.

¹⁸ Stattin (2008), s. 60, 67.

¹⁹ Ett begrepp lånat av Stattin; se Stattin (2008), s. 40 för vidare utveckling av betydelsen av den vetenskapliga diskussionens *fruktbarhet* vid metodvalet.

²⁰ Dahlman, Glader, Reidhav (2005), s. 207.

²¹ Dahlman, Glader, Reidhav (2005), s. 186.

²² Jfr Dahlman, Glader, Reidhav (2005), s. 54; Stattin (2008), s. 67.

ekonomisk teori i rättsvetenskapliga texter är omstridd.²³ Ekonomiska överväganden kan dock ge en viktig bakgrund till tolkningen av normer, då de sätter in normen i dess verklighet.²⁴ I uppsatsen förekommer ekonomisk teori på detta sätt, för att förklara och tydliggöra de ekonomiska faktorer som tagits i beaktande vid en viss prognos.²⁵ För att den teori som förekommer i uppsatsen ska vara givande presenteras dess innebörd översiktligt här.

Det som i uppsatsen benämns **agentteorin** eller **agentproblematiken** har sitt ursprung i den förklaring till varför bolag överhuvudtaget bildas som Ronald Coase gett,²⁶ och i förlängningen i Berle och Means undersökning där betydelsen av separation av ägande och kontroll visades.²⁷ Coase teori tar utgångspunkt i att varje ekonomisk verksamhet kräver ett särskilt avtal. För att minska transaktionskostnaderna och skapa en praktiskt hållbar verksamhet kan exempelvis ett anställningsavtal ingås, vilket ersätter ett flertal uppdragsavtal. På så sätt växer ett företag fram av ekonomiska skäl. Bolaget effektiviserar verksamheten genom att minska antalet avtal och därmed transaktionskostnader. Teorin ser således organisationen i bolaget som ett uppdragsförhållande mellan aktieägare (principalen) och bolagsledningen (agenten). När principalen och agenten är åtskilda förekommer två olika intressen vilket medför agentkostnader.²⁸

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är en studie av koncernrätten som bolagsrättslig företeelse. Frågor om andra rättsområden, vilka förvisso har betydelse för koncernrätten på andra plan än det i den här uppsatsen behandlade, kommer som utgångspunkt inte att tas upp. Bland annat kan nämnas skatterättsliga och obeståndsrättsliga frågor rörande koncernförhållandet. Redovisningsrättsliga aspekter behandlas i viss mån i uppsatsen. Det följer av att de redovisningsrättsliga aspekterna av koncernrätten är nära sammanlänkade med den bolagsrättsliga behandlingen av koncernen. Redovisningsrättens reglering av koncernförhållandet tas således upp enbart i den mån det belyser bolagsrättsliga frågeställningar. Någon heltäckande behandling av rättsläget beträffande koncerner inom redovisningsrätten åsyftas inte.

Även inom EU har direktiv vilka påverkar behandlingen av koncerner inom andra rättsområden än bolagsrätten antagits. Särskilt direktivet om beskattning av multinationella koncerner bör här nämnas.²⁹ Varken detta direktiv eller andra direktiv med indirekt betydelse för den bolagsrättsliga koncernrätten behandlas i

²³ Krüger Andersen (1997), s. 200 ff.

²⁴ Dotevall (1989), s. 51 ff;

²⁵ Se exempelvis avsnitt 3.2.

²⁶ Coase (1988), s. 386 ff.

²⁷ Berle, Means (1932).

²⁸ Dahlman, Glader, Reidhav (2005), s. 191.

²⁹ Direktiv 90/435/EEC, numera ersatt av Direktiv 2003/123/EC.

denna framställning. Enbart åtgärder inom EU vilka har direkt betydelse för uppsatsens syfte har således tagits upp. Hit hör särskilt det nionde direktivet om koncerner samt det sjunde direktivet om koncernbokföring.

Avgränsningar har även skett inom ramen för bolagsrätten. Uppsatsens syfte är att göra en undersökning av den bolagsrättsliga koncernproblematiken. Ämnet är omfattande och betydande avgränsningar har således varit nödvändiga. Syftet innefattar för det första en jämförelse med aktiebolagsrättsliga situationer. I de fall där en i första hand aktiebolagsrättslig reglering har särskild betydelse för koncernrätten utvecklas därför innebörden av regleringen. Läsaren förutsätts dock ha förkunskaper i associationsrätt. De regleringar som är mindre omstridda eller som av betydelse för koncernförhållandet behandlas därför kortfattat alternativt utelämnas. För det andra har en avgränsning gjorts från en djupare behandling av enskilda skyddsregleringar i ABL. Ett exempel härför är frågan om koncerninterna värdeöverföringar. Uppsatsen går inte närmre in på reglerna eller debatten om detta, utan belyser enbart problematiken kortfattat.

Framställningen fokuserar på den svenska koncernrätten. Utländsk lagstiftning och rättsvetenskapliga utgångspunkter behandlas i den mån de kan ge läsaren en vidare bild av den koncernrättsliga problematiken. De avser inte att ge någon heltäckande bild av rättsläget i den främmande rättsordningen. Så gäller även EU-lagstiftningen på området. EU-rätten är en nödvändig del av uppsatsen då den har stor betydelse för den svenska rättsutvecklingen. Särskilt på bolagsrättsens område har omfattande harmonisering och utveckling skett genom reglering på EU-nivå. Vad som avses med begränsningen är emellertid att EU-rätten inte behandlas fristående från den svenska rätten, utan som ett komplement därtill och del därav.

1.5 Material

1.5.1 Materialet utifrån rättskällevärdet

När det gäller att fastställa gällande rätt enligt den rättsdogmatiska metoden är utgångspunkten att enbart auktoritativa källor får tillmätas betydelse. Det är då enbart nationella rättskällor som enligt rättskällevärdet får användas. Följande genomgång av materialet som använts i uppsatsen sker således utifrån rättskällevärdet.³⁰ Enligt Peczenik ska nationell lagstiftning beaktas som källa. Lagstiftningen beträffande koncernförhållandet är begränsad, vilket är bakgrunden som föranlett denna undersökning. Lagstiftning behandlas därmed som källa i de fåtal fall där koncernen de facto är reglerad, samt i de fall då lagstiftningen träffar även koncernförhållandet – även om den är avsedd för det fristående aktiebolaget. Till nationell lagstiftning hör även EU-fördragen sedan Sveriges inträde i EU. Även Förordningar, Direktiv och andra rättsakter som utformats inom EU-rätten ska ges fullt genomslag i svensk rätt. Vid en

³⁰ Jfr Peczenik (1980), s. 49 f.

normkonflikt mellan EU-rätt och nationell rätt ska vidare EU-rätten ges företräde.³¹ De rättsakter, då särskilt direktiv, som finns från EU har därför fungerat som en viktig källa särskilt för kartläggningen av gällande rätt.

Till de källor som *bör* beaktas hör enligt Peczenik rättspraxis och lagförarbeten.³² De senares roll som rättskälla är dock inte självklar. Agell menar att lagförarbeten ofta får en alltför stor roll i rättsvetenskapen, då rättstillämparen inte är bunden att följa dem.³³ Förarbeten har använts som källa i uppsatsen för att belysa lagstiftarens vilja och ändamål. Som rättskälla, det vill säga som källa vilken uttrycker något om vad som innefattas i gällande rätt, har det används betydligt mer sällan. Det beror dock inte nödvändigtvis på att förarbeten inte anses viktiga som rättskälla, utan följer av den begränsade behandling som lagstiftaren gett koncernrätten. Explicita uttalanden i förarbeten om koncernförhållandets legala aspekter är således fåtaliga. Beträffande användningen av praxis är utgångspunkten densamma. Domstolsavgöranden gällande koncerner och dess legala ställning förekommer inte, till följd av avsaknaden av lagstiftning. I det avsnitt där ansvarsfrågan behandlas, och som således behandlar tillämpning av lagstiftning i högre utsträckning än resterande delar av uppsatsen, har rättspraxis givits en central roll för att belysa rättsläget.

Mest omdiskuterade är de källor som enligt Peczenik *får* beaktas. Hit hör den juridiska litteraturen och rättspraxis som inte utgörs av prejudikat.³⁴ Doktrin har utgjort en viktig källa för att åskådliggöra problematiken, den nuvarande behandlingen av den samt de frågeställningar som kvarstår. Ett par omfattande arbeten har publicerats på området vilka har haft stor betydelse för uppsatsen. Vad gäller EU-rätt har Friis Hansens arbete rörande koncernrätts eventuella kodifiering inom EU varit centralt. Krüger Andersens arbete i dansk koncernrätt har tillmätts vikt framförallt genom att åskådliggöra principiella problem och lösningsförslag inom koncernrätten. Det finns särskilda risker med att använda en auktoritär källa genomgående för ett avsnitt då svårigheter uppkommer med att förhålla sig kritisk till materialet. Jag har genomgående strävat efter att i möjligaste mån förhålla mig neutral i förhållande till materialet. I de fall då en auktoritär författare följts har det generellt varit fråga om mindre omstridda regler. Då diskussion förekommit i litteraturen har således ståndpunkter från bägge åsikter hämtats. Artiklar har vidare haft betydelse för uppsatsen. Det följer av att många aspekter av ämnet inte utvecklats i doktrin utan i artiklar, där åsikter och ståndpunkter generellt uttrycks friare. När dessa har använts som källa har författarens position i frågan tagits i beaktande. Genomgående har således ett kritiskt öga anlagts vid materialvalet. Därmed följer även att förstahandskällor har eftersträvat i möjligaste mån.

³¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/HTML/?uri=URISERV:l14548&from=SV>.

Hämtad 2016-05-17; Bernitz, Kjellgren (2014), s. 100 ff.

³² Peczenik (1980), s. 49.

³³ Agell, SvJT 1990 s. 1, s. 6.

³⁴ Peczenik (1980), s. 50.

1.5.2 Komparativt material

Uppsatsen har genomgående ett internationellt perspektiv. Det är inte fråga om att komparativ metod tillämpats, utan av komparativa inslag som förekommer för att vidareutveckla analysen av svensk rätt.³⁵ Det är inte ovanligt att komparativa inslag på detta sätt återfinns i rättsvetenskaplig forskning. Omfattningen och urvalet av materialet måste enligt Strömholm i dessa fall vara beroende av vilket syfte den utländska rätten ska tjäna i uppsatsen.³⁶ I den här uppsatsen tjänar de utblickar som görs en deskriptiv, upplysande, funktion. Återgivandet av utländsk rätt är begränsat och görs löpande i de sakfrågor då utländsk behandling av en fråga anses belysa nationell problematik ytterligare. Någon helhetsbild av en annan stats lagstiftning på området eftersträvas således inte.

Källorna som använts för att undersöka främmande rätt har således nästintill uteslutande varit i form av juridisk litteratur. På grund av språkbarriärer har, när bland annat tysk rätt behandlats, dansk litteratur som behandlat ämnet legat till grund för redogörelsen. Viss rättspraxis förekommer även, då gällande rätt uttryckts direkt i ett rättsfall. För tolkningen av rättsfall i enlighet med nationella metoder har dock återigen utländsk doktrin varit betydelsefull. Tillförlitligheten av materialet beträffande gällande rätt i andra länder är således inte lika hög som materialet beträffande svensk rätt. Då de komparativa inslagen är av begränsad betydelse för den analys som förs och de slutsatser som görs får detta dock inte några mer långtgående konsekvenser för uppsatsens trovärdighet.

1.6 Terminologi

Uppsatsens syfte innefattar en analys av den begreppsbildning som skett på området. Stor del av den terminologi och de begrepp som utvecklats på området kommer därför att få en närmre presentation och genomgång i den löpande texten. Viss terminologi kan emellertid vara nödvändig för läsaren att bekanta sig med innan läsningen påbörjas varför ett antal begrepp presenteras redan i förevarande avsnitt.

Ansvarsgenombrott: Termen ansvarsgenombrott förekommer såväl i praxis som i doktrin och förarbeten. I regel avses att en domstol medger att en aktieägare görs personligt ansvarig för bolagets förpliktelser. Så sker därmed i strid med den associationsrättsliga principen som anger att aktieägare inte är ansvariga för bolagets skulder. Det är fråga om ett subsidiärt ansvar, vilket således inte kan göras gällande såvida bolaget i fråga har möjlighet att bära ansvaret.³⁷ Det är viktigt i detta sammanhang att påpeka att ansvarsgenombrott i denna bemärkelse inte nödvändigtvis syftar till en särskild bolagsrättslig norm. Termen ansvarsgenombrott används i den här uppsatsen som en beskrivning på tillfällena då aktieägare gjorts personligt ansvarig, oberoende av grunden för detta ansvar.

³⁵ Jfr Valguarnera (2013), s. 167; Strömholm, SvJT 1971 s. 251, s. 251 f.

³⁶ Strömholm, SvJT 1971 s. 251, s. 252 f.

³⁷ SOU 2006:39 s. 231 f.

Förtydliganden om vilken typ av norm som åsyftas i det enskilda fallet tydliggörs i den löpande texten.

Bestämmande inflytande: Lokutionen används på två olika sätt i uppsatsen. Dels med anledning av begreppets användning i lagtextens ordalydelse, dels för att beteckna ett faktiskt inflytande ur ekonomiskt perspektiv. Det tydliggörs i texten hur begreppet tillämpas i det aktuella avsnittet och dess betydelse utvecklas även vidare, men läsaren bör ändå vara uppmärksam på denna skillnad för att inte betydelseglidning ska uppstå.

Koncernintresse: Varje aktiebolag har såsom rättssubjekt ett eget intresse ur juridisk synvinkel. Bolagets intresse kan i princip likställas med aktieägarnas gemensamma intresse.³⁸ I koncerner sammanbinds ett flertal bolag med olika intressen. Generellt uppkommer då, för alla bolag i koncernen gemensamma, mål med den sammanlagda verksamheten. Dessa enhetliga mål, mot vilka moderbolaget strävar, utgör det koncernintresse som åsyftas i uppsatsen. Det kan således vara i linje med det enskilda dotterbolagets intresse att följa koncernens intresse, men det kan även stå i direkt motsats till detta. Det är i det senare fallet som betydelse uppstår huruvida lagstiftaren och rättstillämparen erkänner att ett koncernintresse finns – och således legitimerar koncernen som enhet – eller inte.

Koncernrätt: Koncernrätt som rättsområde är ett begrepp vars gränser inte är fullkomligt klarlagda. Då utgångspunkten i svensk rätt är att något koncernintresse inte erkänns, kan hävdas att något rättsområde som behandlar specifikt koncernförhållanden inte existerar i den svenska rättsordningen. Om det accepteras att koncernrätt är ett särskilt rättsområde, blir frågan vidare vad som omfattas däri. Regler och frågor som rör koncernförhållanden återfinns i ett flertal rättsområden och koncernrätten kan då ha en oerhört vidsträckt betydelse. För den här uppsatsens vidkommande avgränsas koncernrätten till frågor rörande koncernförhållandet av bolagsrättslig karaktär.

1.7 Forskningsläge

För att avgöra huruvida forskning över huvud taget är nyttig behöver det nuvarande forskningsläget fastställas och uppsatsens ansats positionera sig i förhållande till detta. Vad gäller koncernrätt är det ett område som i svensk forskning i stor utsträckning lyser med sin frånvaro. Ett fåtal författare har i doktrin behandlat delar av koncernproblematiken, men då fokuserat på antingen ansvars- eller styrningsfrågan och således inte tagit något helhetsgrepp om koncernrätten. Majoriteten av den forskning som publicerats har skett i Danmark och publicerades i samband med EU-rättslig reglering på området. Den danska lagstiftningen och utvecklingen beträffande koncerner är nära sammanlänkad med den svenska och dessa arbeten har därför betydelse även för svenskt vidkommande. Särskilt Krüger Andersens arbete om dansk koncernrätt samt

³⁸ Nerep, Samuelsson (2009), s. 496.

Friis Hansens behandling av koncernrätten i EU har således varit viktiga för utredningen i den här framställningen. Av lagstiftaren har frågan behandlats särskilt i SOU 1979:46 där koncernbegreppet diskuterades. Utredningen behandlade dock materiell koncernrätt i begränsad utsträckning. Inför aktiebolagskommitténs arbete med nuvarande ABL angavs i direktiven att behovet av materiell koncernrätt skulle klarläggas. Intresset för koncernrätten i kommittén var emellertid litet och det slutliga betänkandet innehåller inte några explicita överväganden därom.³⁹

Redan med hänsyn till att bolagsrätten är i ständig förändring och att viss tid förlöpt sedan ämnet avhandlades ingående finns anledning att behandla detta område nu. Inte minst ansvarsfrågan, vilken har varit i fokus i mycket av den forskning som skett gällande koncerner, har påverkats av senare utveckling i rättspraxis. Även om dansk och svensk rätt är nära besläktade, är de inte likalydande. Det finns således ett behov av att behandla koncernrätten enligt svensk rätt. Vidare eftersträvas ett annat perspektiv i den här uppsatsen än vad som varit huvudinriktningen i övrig forskning, nämligen det rättsekonomiska perspektivet. Uppsatsen går djupare på begreppsbyggnaden som skett på området för att belysa den motsättning mellan historiskt betingade begrepp och ändamålsöverväganden som har konstaterats i tidigare forskning. Fokus har inte lagts vid behovet av lagstiftning i enskilda frågor, utan vid den legala synen på koncernens intresse. Genom detta har ett ställningstagande implicit skett, där läran om koncernförhållandet och dess organisationsform i stort anses vara av större vikt än enskilda missbruksfrågor.

1.8 Disposition

Uppsatsen är indelad i två delar, vilka dock är nära sammanlänkade. Den första delen av framställningen behandlar koncernbegreppet och koncernens legala ställning och omfattar kapitel två och tre. I det andra kapitlet analyseras koncernbegreppet ur ett historiskt perspektiv. En tillbakablick sker på aktiebolagets och koncernens utveckling i svensk och EU-rätt. Det följande kapitlet behandlar koncernbegreppet som det ser ut idag. Här sker bland annat en redogörelse för koncernbildning ur rättsekonomiskt perspektiv men koncernbegreppet betraktas även ur ett rättsdogmatiskt perspektiv. Varför koncernbildningen ökar i svensk och utländskt näringsliv, vad som teoretiskt innefattas i begreppet och när ett koncernförhållande föreligger juridiskt behandlas i den här delen av framställningen. Den andra delen av uppsatsen tar vid i det fjärde kapitlet och sträcker sig över kapitel fyra till sex. Här behandlas den särskilda problematik som uppstår i koncernförhållanden och det skydd som intressenter i koncernen besitter idag.

Varje kapitel ramas in av en inledning och en avslutande kommentar. Analys förekommer löpande i uppsatsen, inte minst implicit genom val av material och

³⁹ SOU 2001:1.

avgränsningar. Till varje kapitel sker dock som nämnt en avslutande kommentar. Det är i denna kommentar som de särskilda analytiska inslag som framkommit i avsnittet framförs för att läsaren ska få en tydlig och övergripande bild den analys som förekommer. Uppsatsen knyts ihop med sammanfattande slutsatser, där resultatet av undersökningen och de tankegångar och reflektioner som skett i undersökningen sammanställs och struktureras för att ge läsaren ett naturligt avslut.

2 En tillbakablick

2.1 Inledning

För att få förståelse för varför koncerner regleras som de gör, eller kanske snarare inte regleras mer än de gör, krävs en inblick i hur de har utvecklats. I det här kapitlet behandlas därför den historiska bakgrunden till regleringen och framväxten av koncernen i Sverige.

Koncernbegreppet är nära sammankopplat med det aktiebolagsrättsliga begreppet. Det begränsade ansvaret i aktiebolaget och dess status som juridisk person lägger grunden för den koncernproblematik som behandlas i uppsatsen, och kapitlet inleds således med en beskrivning av framväxten av aktiebolaget så som det ser ut idag.

2.2 Aktiebolaget

2.2.1 Det begränsade ansvaret

Kännetecknande för aktiebolaget som bolagsform är att aktieägarna är begränsat ansvariga i förhållande till bolagets skulder, vilket ofta uttrycks i aktiebolagsrättsliga förarbeten.⁴⁰ Detta regleras i Aktiebolagslagen (2005:551) där det uttrycks i 1 kap. 3 § att aktieägarna som utgångspunkt inte har något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser. Aktiebolag har funnits utan att vara lagreglerade i Sverige sedan början av 1600-talet. Trots att det idag anses vara ett av de grundläggande fundamenten för aktiebolaget var frågan om aktieägarnas begränsade ansvar något oklar fram tills en särskild lag om aktiebolag instiftades genom 1848 års aktiebolagslag.⁴¹ I denna lag stadgades att aktieägare inte svarade för mer än vad denne åtagit sig att insätta, såvida inte särskild utfästelse om vidare ansvarighet skett.⁴²

1848 års aktiebolagslag härrör från de motioner som tog upp frågan om en dylik lag på 1844/45 års riksdag. Lagstiftningsfrågan och därmed aktiebolagets lagstiftade begränsade ansvar hade sin grund i en förhoppning och en föreställning om att aktiebolagsformen utgjorde en ”hävstång till industriellt framåtskridande”.⁴³ Inom obligationsrätten i övrigt gällde en princip om ett obegränsat, personligt ansvar för gjorda ekonomiska åtaganden. I förhållande till detta ansågs det begränsade ansvaret göra aktiebolagsformen attraktiv för

⁴⁰ Se prop. 1975:103 s. 73; prop. 2004/05:85 s. 206; SOU 2001:1 s. 279; SOU 2008:49 s. 49; prop. 2006/07:70 s. 35 f.

⁴¹ Bergendal (1922), s. 12, Dotevall (2015), s. 33 f.

⁴² 1848 års aktiebolagslag, 10 §.

⁴³ Ridderskapet och adelns riksdagsprotokoll 1844, s. 548.

kapitalplaceringar.⁴⁴ Aktiebolaget avsågs användas, och vara bäst lämpat för, stora kapitalkrävande projekt och företag. Behovet av att stimulera sådan industri ur ett samhällligt perspektiv rättfärdigade således de risker för tredje man som det begränsade ansvaret ansågs medföra.⁴⁵ Denna utveckling och strävan efter att gynna aktiebolagets framväxt bör ses i ljuset av järnvägsbyggandet i Sverige, vilket kom igång på allvar under 1850-talet. Anläggningen av järnväg ansågs vara förenat med stor samhälllig nytta, bland annat genom att järnvägen skulle skapa transportmöjligheter vilka i sin tur antogs föranleda en ökad efterfrågan på industrivaror. På så sätt förutspåddes järnvägsbyggandet vara en viktig draghjälp åt den svenska industrins utveckling. Under slutet på 1860-talet och 1870-talet ökade det privata byggandet av järnväg, och med det behovet av en associationsform med begränsat ansvar. För att anlägga järnväg krävdes mycket stort kapital under lång tid och riskerna med verksamheten betraktades som stora. Detta behov medförde således en modernisering av kapitalmarknaden och utveckling skedde såväl i bank, försäkrings- och aktiebolagsväsendet.⁴⁶

Lagstiftningen i 1848 års aktiebolag tog enligt ovan utgångspunkt i ett ansvar begränsat till insatt kapital, men stadgade även en möjlighet för aktieägaren att förbinda sig till ett större personligt ansvar vid senare utfästelse.⁴⁷ Tillkomsten av Hallsbergs-Motala-Mjölby järnvägsaktiebolag ställde den motsägelsefulla bestämmelsen på sin spets och skulle så småningom leda till att tillskottsmöjligheten togs bort ur lagstiftningen. Detta skulle dock dröja många år. Motsägelsefullheten uppdagades genom att det i Hallsbergs-Motala-Mjölby järnvägsaktiebolags bolagsordning stadgades en tillskottsplikt för aktieägarna. Tillskottsplikten medförde i praktiken att aktieägarna hade ett obegränsat personligt ansvar för bolagets skulder, associationsformen till trots. Efter att tillskottsplikten tagits i bruk och ett flertal uttaxeringar gjorts av aktieägarna föranledde denna bolagsordningsbestämmelse så småningom en diskussion inte enbart om den var lagstridig, utan även om aktiebolagets begrepp som sådant. Wilhelm Bergstrand anförde med anledning av bolagsordningens paragraf och uttaxeringarna som fortsatte att göras med stöd av denna att aktiebolaget som associationsforms främsta kännetecken var just det begränsade ansvaret. När något sådant i praktiken inte förelåg, kunde det därmed enligt Bergstrand inte vara fråga om ett aktiebolag. En bolagsordningsbestämmelse som föreskrev subsidiärt ansvar för aktieägare innehöll således en *contradictio in adiecto* och var med andra ord en omöjlighet.⁴⁸

Aktieägare som vägrat betala stämdes av bolaget, varmed en rättegång rörande aktiebolagets begränsade ansvar tog form. I den tvist som uppkom avseende fullföljandet av den i bolagsordningen stadgade tillskottsplikten, argumenterades bland annat utifrån Bergstrands ståndpunkt om subsidiärt ansvar som stridande

⁴⁴ Peterson (1984), s. 434.

⁴⁵ Lagutskottets betänkande 1845:99, s. 16 f.

⁴⁶ Denna utveckling med ett starkt samband mellan den associationsrättsliga utvecklingen och kapitalmarknaden i stort och järnvägsbyggandet skedde även i andra länder, Peterson (1984) s. 435 f. och där anvisade arbeten.

⁴⁷ 1848 års aktiebolagslag, 10 §.

⁴⁸ Peterson (1984), s. 445.

mot aktiebolagets begrepp. Det anfördes att aktiebolaget utgjorde ett särskilt rättsinstitut med ansvarsbegränsningen som främsta kriterium, och att aktiebolagslagen var uppbyggd utifrån denna premiss.⁴⁹ Bolaget argumenterade å sin sida för att aktiebolaget inte var ett helt självständigt rättssubjekt. Det ansågs sålunda föreligga viss identitet mellan aktieägarna och dess bolag.⁵⁰ Stockholms rådhusrätt och Svea Hovrätt avgjorde målet till kärandens fördel. Domstolarna gick emellertid inte in på den principfråga som lyfts här, om aktiebolagets begränsade ansvar som en nödvändig del av dess begrepp. Svea Hovrätt avgjorde frågan utifrån att tillskottsplikten inte utökade delägaransvaret, utan enbart föreskrev en plikt att täcka eventuella brister. Paragrafen ansågs således inte lagstridig, och aktieägare var förbundna att följa bestämmelsen då de inträtt som aktieägare i bolaget.⁵¹ Målet togs upp i Högsta domstolen, där hovrättens dom fastställdes.⁵²

Efter att utfallet och diskussionen kring tvisten uppmärksammades lades motioner fram för att åstadkomma en ändring i regleringen. Trots den praktiska otvetyklighet som lagstiftningen medfört och som uppdagats i NJA 1878 s. 49 ansåg lagutskottet att lagstiftningen var otvetydig, och således att en revidering inte var nödvändig. Förändringen skulle dröja ytterligare, och det var först i samband med 1895 års aktiebolagslag som en lagstadgad garanti för att aktieägarens ansvar inte kunde utvidgas genom en i bolagsordningen föreskriven tillskottsplikt skapades.⁵³

Det begränsade ansvaret regleras idag i 1 kap. 3 § ABL. Gränserna för aktieägarnas frihet från personligt ansvar för bolagets skulder är dock än idag en omdiskuterad fråga. Klart är att det inte är en undantagslös ansvarsfrihet som 1 kap. 3 § stadgar. Det finns ett flertal exempel på lagstadgade ansvarsgenombrott, samt en pågående diskussion om en eventuell oskriven ansvarsgenombrottsnorm vilken med anledning av dess betydelse för koncernproblematiken behandlas nedan.⁵⁴

2.2.2 Den juridiska personen

Betydelsen av att det begränsade ansvaret fick genomslag för aktiebolag bör ses mot bakgrund av att aktiebolaget genom 1895 års aktiebolagslag även kom att få status som juridisk person och därmed som självständigt rättssubjekt.

Förekomsten och betydelsen av begreppet juridisk person diskuterades flitigt i slutet av 1800-talet och början av 1900-talet.⁵⁵ Huruvida aktiebolaget var att

⁴⁹ Peterson (1984), s. 447.

⁵⁰ Peterson (1984), s. 448.

⁵¹ Peterson (1984), s. 453.

⁵² NJA 1878 s. 49.

⁵³ Peterson (1984), s. 462.

⁵⁴ Nerep, Adestam och Samuelsson, Aktiebolagslag (2005:551), 1 kap. 3 §, Lexino 2015-09-22.

Angående en oskriven ansvarsgenombrottsnorm se avsnitt 5.5.

⁵⁵ Se bl.a. Bergendal (1922); Olivecrona (1928); Karlgren (1929).

betrakta som en juridisk person med rättssubjektivitet var även det länge en omdebatterad fråga. Peterson uttrycker sig på så sätt att ”de fullständiga juridiska konsekvenserna” av en ordning med aktiebolaget som självständigt rättssubjekt ännu inte hade medvetandegjorts vid tiden för utfallet av tvisten mellan Wallenberg och Hallsberg-Motala-Mjölby järnvägsaktiebolag, men att det redan då fanns anhängare bland såväl svenska jurister som i HD till en sådan teori.⁵⁶ Fallet handlade som bekant i första hand om det begränsade ansvaret, men diskussionen om det begränsade ansvaret och den om aktiebolaget som enskilt rättssubjekt är överlag nära sammankopplade. Ernst Herslow, dåvarande revisionssekreterare, anförde med anledning av målet att det var nödvändigt att aktiebolaget skulle konstrueras som ett självständigt rättssubjekt för att över huvud taget möjliggöra ett befriande av aktieägarna från skuld.⁵⁷ Det var å andra sidan även en vanlig ståndpunkt i doktrin att bestrida att svensk rätt erkände en självständig person i aktiebolaget. Ett sådant synsätt ledde till att aktieägarna var att se som subjekt för associationens rättigheter.⁵⁸ Denna åsiktsschism uttrycktes även i tvisten där som nämnt bolaget argumenterade för att viss identitet förelåg mellan aktieägare och bolag, medan aktieägarna ansåg bolaget utgöra ett eget institut.

Uppfattningen i doktrin under tiden efter tvisten tog sin utgångspunkt i att rättssubjektivitet innebar ett åtskiljande av delägare och bolag. Synen på den juridiska personen som självständig från dess medlemmar har dock inte alltid varit förhärskande i svensk rätt. Under slutet på 1700-talet och början på 1800-talet sågs rättssubjektivitet i överensstämmelse med naturrättsliga uppfattningar. En ”juridisk person” ansågs bestå av medlemmarna däri, och därmed föreföll det naturligt att delägarna svarade personligen för bolagets skulder.⁵⁹ Med tiden fick aktiebolaget en självständigare status i förhållande till delägarna. Den i romersk rätt företrädda synen på den juridiska personen som självständig vann mark inom svensk rättsvetenskap.⁶⁰ I 1895 års aktiebolagslag angavs att aktiebolaget kunde ”förvärfva rättigheter och ikläda sig skyldigheter”. Det var därmed enligt lag ett självständigt rättssubjekt.⁶¹ 1895 års aktiebolagslag präglades kraftigt av den osäkerhet som uppkom kring aktieägars personliga ansvar i enlighet med vad som beskrivits ovan. Med anledning av diskussionen om det begränsade personliga ansvaret påtalas av Bergendal den princip som anger att tillgodohavandet av en förmögenhet även medför ansvar för till förmögenheten hörande skulder och som var förhärskande i svensk rätt. Aktiebolagets rättssubjektivitet, vilken stadgades genom lagen, medförde inte i sig begränsat ansvar för delägarna, men skapade en förutsättning för en dylik reglering genom att åtskilja bolagets förmögenhet från delägarnas.⁶² Det kan således antas ha setts som en nödvändighet att definiera aktiebolaget som självständigt rättssubjekt med hänsyn till att det begränsade personliga ansvaret även reglerades i lagen. På

⁵⁶ Peterson (1984), s. 455.

⁵⁷ Peterson (1984), s. 455.

⁵⁸ Se bl.a. Hagströmer (1872), s. 123.

⁵⁹ Olivecrona (1928), s. 110, 112 f.

⁶⁰ Karlgren (1929), s. 247 ff.

⁶¹ Prop. 1895:6 s. 17, s. 122 f.

⁶² Bergendal (1922), s. 13.

så sätt förefaller den därefter, och än idag, förhärskande synen på den juridiska personen som särskild från dess ägare ha varit kraftigt pådriven av utvecklingen av det begränsade personliga ansvaret för delägare i aktiebolag.

1895 års aktiebolagslag till trots var det först i början av 1900-talet som den allmänna meningen var att ett aktiebolag var en juridisk person i full bemärkelse.⁶³ Aktiebolagskommitténs arbete med 1901 års aktiebolagslag var av uppfattningen att bolaget var en juridisk person och denna hållning fick även genomslag i skatterättsliga författningar. Tillsammans bistod detta i utvecklingen mot att aktiebolaget som juridisk person på sikt blev den vedertagna uppfattningen även i doktrin.⁶⁴ Accepterandet av aktiebolagets status som juridisk person innebar dock inte att gränserna för dess rättskapacitet och rättssubjektivitet besvarades fullständigt, då den juridiska personens natur sådan var omdiskuterad. För att nå lösningar på de problem som uppkom rörande juridiska personer ansågs, av förklarliga skäl, den juridiska personens natur och betydelse i ett enskilt rättssystem behöva utredas och klargöras.⁶⁵

Aktiebolagslagstiftningen ansågs som nämnt innebära att ett aktiebolag var ett självständigt rättssubjekt. Då aktiebolaget betraktades som juridisk person, var följaktligen den juridiska personens innebörd som utgångspunkt att det var fråga om ett självständigt rättssubjekt. Något likhetstecken ansågs emellertid inte kunna sättas mellan de båda, utan vad som konstaterades var att den juridiska personens innebörd **åtminstone** var rättssubjektivitet.⁶⁶ Rättssubjektivitet förklarades av förarbeten innebära att bolaget i vissa hänseenden var avskilt från bolagsmännen, dock utan närmre förklaring till varför en sådan avskiljning var önskvärd.⁶⁷

Enligt Bergendal var den mest betydelsefulla konsekvensen av att beakta aktiebolaget som en juridisk person att bolaget kunde behandlas som en enhet till vilken bolagsförmögenheten kunde knytas.⁶⁸ Ett antal olika teorier om den juridiska personens väsen förkom emellertid. Den av Bergendal företrädde teorin där den juridiska personen är en förlängning av rättssubjektiviteten, vilket i sin tur enbart är ett ”rättstekniskt hjälpmedel” för att åstadkomma enhetlighet i aktieägarens rättsställning, är troligtvis den som ligger närmast dagens uppfattning om den juridiska personen. Det fanns dock även ett starkt stöd för *fiktions teorin* inom dåvarande rättsvetenskap.⁶⁹ Enligt fiktionsteorin kunde en rättighet, det vill säga en rättslig viljemakt, inte bäras av annat än verkliga viljesubjekt. Vid sidan av dessa naturliga subjekt ansågs särskilda skapade subjekt finnas, det vill säga juridiska personer. Dessa subjekt ansågs således existera enbart för och i rätten och i övrigt sakna existens.⁷⁰ I Tyskland fanns

⁶³ Moberg (1998), s. 38.

⁶⁴ ”Såsom juridisk person måste aktiebolaget [...]”, 1908 års motiv s. 47.

⁶⁵ Bergendal (1922), s. 3 f.

⁶⁶ Bergendal (1922), s. 9.

⁶⁷ 1890 års motiv, s. 73.

⁶⁸ Bergendal (1922), s. 10 ff.

⁶⁹ Bergendal (1922), s. 15 ff.

⁷⁰ Karlgren (1929), s. 44.

stöd för att betrakta den juridiska personen som en organism, *den organiska teorin*.⁷¹ Enligt denna teori förutsattes att egenskaper som tillkommer människor måste tillkomma alla rättsligt erkända personer, däribland juridiska personer.⁷² Teorin grundade sig på en föreställning om att förmågan att bära rättigheter och skyldigheter förutsätter vilja. Viljan i juridiska personer ansågs bestå ”av och genom” de enskilda individerna bakom bolaget, utan att till fullo sammanfalla med summan av dessa.⁷³

Diskussionen om den juridiska personen lyser generellt med sin frånvaro i dagens rättsvetenskap.⁷⁴ Enligt Arvidsson kan den dock inte sägas ha spelat ut sin rätt. Han påtalar att den tanke om att distinktionen mellan juridiska och fysiska personer uttömmar klassen av rättssubjekt enbart är en sanning inom ramen för dagens begreppsbildning.⁷⁵ Ett exempel på detta ges genom koncernförhållandet, vilket åter ställer den juridiska personens gränser i centrum för diskussionen.

2.3 Koncernen

De första koncernerna som de ser ut idag uppstod i slutet av 1800-talet, då aktiebolag började äga aktier i andra bolag.⁷⁶ I USA infördes de första reglerna om rätt för aktiebolag att äga aktier i ett annat bolag 1888. Dessförinnan var bolagsordningen avgörande för huruvida en sådan rätt förelåg eller ej. Vid avsaknad av bestämmelser i bolagsordningen befanns ett förbud föreligga mot att bolaget förvärvade aktier i andra bolag.⁷⁷ I kontrast till detta ansågs ett bolags rätt att äga aktier i ett annat bolag vara en självklarhet i svensk rätt under hela 1900-talet. Genom att den juridiska personens rättskapacitet accepterades i svensk rätt likställdes som nämnt ovan den juridiska personens rättssubjektivitet med den fysiska personens i många avseenden. Någon begränsning i ett bolags möjlighet att förvärva rättigheter i ett annat bolag förelåg således inte. Från samhällets sida var man istället positivt inställd till att företag samverkade genom bildandet av koncerner.⁷⁸ Utöver att det inte förelåg något hinder mot ägandet i sig, förekom heller inte någon skyldighet för moderbolaget att redovisa ett innehav av aktier i dotterbolag. Aktieägare i moderbolaget visste således sällan i vilken omfattning moderbolaget ägde aktier i dotterbolag. En debatt om problematiken med den intressekollision mellan borgenärer och aktieägare som riskerade att uppkomma särskilt vid koncernförhållanden lyste överlag med sin frånvaro i såväl svensk doktrin som lagstiftningsarbete.⁷⁹

⁷¹ Även kallad *realitetsteorin*, Karlgren (1929), s. 51 ff.

⁷² Bergendal (1922), s. 20 f.

⁷³ Karlgren (1929), s. 51.

⁷⁴ Bergström, Samuelsson (2015), s. 48.

⁷⁵ Arvidsson (2010), s. 108 f.

⁷⁶ Moberg (1998), s. 38.

⁷⁷ Moberg (1998), s. 38.

⁷⁸ Sandström (2012), s. 50.

⁷⁹ Moberg (1998), s. 39 och där anförda arbeten.

Efter andra världskriget ökade antalet koncerner markant, både i Sverige och utomlands.⁸⁰ Antalet koncerner i Sverige fortsatte att öka även under 1930- och 1940-talen. I början av 1930-talet kom den så kallade Kreugerkraschen av vilken en ekonomisk kris följde. Genom Kreugerkraschen uppdragades den bristande regleringen av koncernförhållanden och den problematik som därigenom kunde uppstå såväl i Sverige som utomlands. Moderbolaget i Kreugerkoncernen gick i konkurs och med det belystes de brister som fanns i bokföringen och driften av koncernen, och därmed för investerarnas och kreditgivarnas skydd.⁸¹ För svenskt vidkommande ledde det, utöver ett betydligt mer utarbetat kapital- och minoritetsdelägarskydd, till att lagregler ifråga om koncerner infördes i samband med 1944 års aktiebolagslag.⁸² De svenska reglerna beträffande koncernförhållanden var de första i Norden, och kom således att prägla den nordiska utvecklingen på området.⁸³ Koncerndefinitionen i lagen kopplades till ett krav på moderbolaget att avge koncernredovisning samt vissa utdelningsregler som syftade till att förhindra otillbörlig utdelning av vinst från moderbolaget till aktieägarna.⁸⁴ Reglerna infördes alltså för att råda bot på de oegentligheter som uppdragades genom Kreugerkraschen. De måste därför ses i ljuset av detta.⁸⁵

Enligt 1944 års aktiebolagslag förelåg ett koncernförhållande antingen vid uppfyllandet av en huvudregel eller en sekundärregel. Huvudregeln var uppfylld om ett aktiebolag ägde så många av aktierna i ett annat att bolaget hade mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar. Vidare kunde ett koncernförhållande föreligga enligt den så kallade sekundärregeln. Det krävdes enligt sekundärregeln att moderbolaget av annat skäl än innehav av andelar, dels hade ett bestämmande inflytande över dotterbolaget och dels ett väsentligt intresse i dotterbolagets ställning och resultat. Begreppet *bestämmande inflytande* omfattade ett flertal situationer, från så kallad praktisk majoritet till avtalskonstellationer.⁸⁶ Den närmare innebörden av uttrycket bestämmande inflytande var dock inte fullständigt klarlagd. Enligt Nial skulle uttrycket tolkas restriktivt, inte minst på grund av de allvariga följder som en överträdelse av koncernreglerna kunde leda till. Han framhöll dock även att en säker möjlighet för det ena bolaget att behärska det andra, och att kunna anordna en enhetlig ledning av bolagen, var tillräckligt för att ett koncernförhållande skulle anses föreligga.⁸⁷

Motsättningen mellan bolagets status som juridisk enhet och koncernhelheten uppmärksammades sedermera i nordisk rätt och genom det nordiska samarbetet harmoniserades koncernregleringen. För svenskt vidkommande ändrades definitionen av koncerner genom 1975 års aktiebolagslag. Inga större materiella

⁸⁰ Borgström (1970), s. 18.

⁸¹ Fermentautredningen (1988), s. 163.

⁸² SOU 1941:9 s. 19 och s. 363.

⁸³ Borgström (1970), s. 18.

⁸⁴ Andersson, Johansson, Skog (2014), s. 1:25.

⁸⁵ Larsson (1989), s. 278.

⁸⁶ Nerep (2003), s. 36.

⁸⁷ Se SOU 1979:46 s. 27 f. och där anförda arbete.

ändringar skedde dock genom den nya lagstiftningen, utan förändringen innefattade framförallt att andra associationsformer än aktiebolag kunde utgöra dotterföretag.⁸⁸ Lagstiftningsarbetet kring koncernförhållanden dominerades sålunda även inför ÅABL av bokföringsmässiga överväganden.⁸⁹ De regler som infördes hade till syfte att möjliggöra en identifikation och ett återgivande av den ekonomiska verklighet som koncernen befinner sig i.⁹⁰ Krüger Andersen anmärker på detta sätt att angripa koncernproblematiken och framhåller att det var teoretiskt bakvänt då någon materiell koncernrätt inte var etablerad. Han menar att bokföringen förvisso avspeglar den materiella rätten, men att den inte definierar den.⁹¹ Detta föranledde att ett antal problem kvarstod som olösta, vilka det än idag råder oenighet kring och vilka i princip lägger grunden för denna uppsats.

1987 skedde ytterligare en finansskandal vilken liksom Kreugerkraschen uppdagade brister i lagstiftningen om koncerner, nämligen Fermenta-affären. Fermenta-affären hade mindre dimensioner än Kreugerkraschen, men föranledde att styrelsen för Stockholms fondbörs tillsatte en utredning av händelseförloppet och de principfrågor som uppkommit därav. Utredningen resulterade i en rapport vilken innehöll förslag till ett antal ändringar i bland annat aktiebolagslagens regler om aktiebolagets organisation.⁹² Maktmissbruk av en dominerande aktieägare identifierades som gemensamt för de bägge affärerna. Risken för dylikt maktmissbruk betraktades av Fermentautredningen som förhöjd bland annat när ett bolag ägdes i majoritet av en annan juridisk person som således kunde dominera bolagsstämman.⁹³ Utredningens presenterade förslag till ändringar ämnade därför ge fastare riktlinjer om maktfördelningen i koncerner. Till följd av förslagen ändrades aktiebolagen på så sätt att minoritetsskyddet stärktes ytterligare. Några särskilda ändringar beträffande koncernförhållanden genomfördes inte.⁹⁴

En ny koncerndefinition trädde ikraft 1996 som ett led i anpassningen av svensk rätt till antagandet av det sjunde bolagsdirektivet i EU. Det är denna koncerndefinition som gäller än idag. Ändringen i ABL var inte nödvändig enligt direktivet, som för svenskt vidkommande enbart medförde en oundviklig ändring koncerndefinitionen i ÅRL. I förarbetena framhölls emellertid att överensstämmelse mellan de bägge koncernbegreppen var att föredra av rättssystematiska och praktiska skäl.⁹⁵ Som nämnt kvarstår en del problem fortfarande som olösta vad gäller koncernförhållanden. Lagstiftningen har historiskt tagit utgångspunkt i missbruk och således reglerat redan uppkomna problem. I samband med den nya koncerndefinitionen väcktes diskussionen om behovet av att ta ett mer övergripande grepp om koncernproblematiken och om

⁸⁸ Andersson, Johansson, Skog (2014), s. 1:25.

⁸⁹ Prop. 1975:103, s. 277 f.

⁹⁰ Prop. 1975:103 s. 276.

⁹¹ Krüger Andersen (1997), s. 125 f.

⁹² Prop. 1997/98:99, särskilt s. 74 f.

⁹³ Fermentautredningen (1988), s. 165.

⁹⁴ Prop. 1997/98:99 s. 74.

⁹⁵ Prop. 1995/96:10 Del II s. 110.

en eventuell kodifiering av materiell koncernrätt. Lagstiftning har dock även fortsatt lyst med sin frånvaro.

2.4 Utvecklingen inom EU

Utvecklingen och harmoniseringen av rättsområden i EU-rätten har stor betydelse för den svenska rättsutvecklingen.⁹⁶ Inom koncernrätten har en sådan harmonisering särskilt stor betydelse, med hänsyn till att gränsöverskridande verksamhet i stor omfattning utövas genom bildande av dotterbolag i det önskade etableringslandet, och därigenom av koncerner.⁹⁷

EU har under lång tid avsett att harmonisera bolagsrätten. Bolagsrätten är av stor betydelse för hur aktiebolagsmarknaden ser ut inom EU, och nationella skillnader i bolagsrätten tenderar att bli en viktig faktor vid bestämmande av var etablering av en verksamhet sker. För att främja den interna marknaden och etableringsfriheten har harmonisering av de nationella staternas lagstiftning därmed ansetts vara nödvändig. Det är dock viktigt att ha i åtanke att någon gemensam europeisk materiell bolagsrätt inte finns, och inte heller åsyftas med de åtgärder som vidtagits. Syftet har som nämnt istället varit att främja förverkligandet av etableringsfriheten genom att införa minimistandarder för bolag i hela EU.⁹⁸ Harmoniseringen har främst skett genom direktiv, varav det första antogs 1968.⁹⁹ Därefter har ett flertal direktiv antagits. Nio av de nuvarande bolagsdirektiven betraktas som ”de ursprungliga” och bildar tillsammans ett fundament varpå de nationella lagstiftningarna vilar. Direktiven innefattar bestämmelser om publicitet, skydd för bolagets kapital, nationella fusioner och fissioner av bolag, publicitet av bolagsinformation beträffande filialer till bolag vilka bildats enligt en annan stats lagstiftning, om förvaltningsberättelse och årsbokslut samt om enmansbolag. Till dessa kan det åttonde direktivet om behörighet att vara revisor och naturligtvis, det för denna uppsats viktigaste, direktivet om koncernredovisning, särskilt nämnas.¹⁰⁰

Direktivet om koncernredovisning, det sjunde bolagsdirektivet, reglerar moderbolagets skyldighet att upprätta en sammanställd redovisning och förvaltningsberättelse. Direktivet är tvingande på redovisningsområdet, men inte på andra områden. Dess syfte är att samtliga medlemsländer ska ha en lagstiftning som medför att likvärdig information finns tillgänglig vid koncerner inom EU. Regleringen underlättar för berörda intressenter att bedöma koncernens ställning och resultat och de samband som föreligger mellan olika koncernbolag, vilket avser att underlätta och främja gränsöverskridande

⁹⁶ Jfr Krüger Andersen (1997), s. 10.

⁹⁷ Friis Hansen (1996), s. 237.

⁹⁸ http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/sv/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.3.html.

Hämtad 2016-03-22.

⁹⁹ Rådets direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968, ändrat genom parlamentets och rådets direktiv av den 15 juli 2003.

¹⁰⁰ Dejmek, SvJT 2002 s. 588, s. 588.

koncerner.¹⁰¹ Regleringen ger i sig inte någon koncerndefinition, men gör så indirekt genom att uppställa ett antal rekvisit för när ett krav på koncernredovisning finns. Denna ”definition” har haft stor betydelse för de nationella rättsordningarna inom EU då den lett till att flera länder efter direktivet har infört en legal koncerndefinition.¹⁰²

Försök har även gjorts att harmonisera den materiella koncernrätten inom EU genom det nionde bolagsdirektivet. Vägen mot direktivet påbörjades 1964 efter att en rapport lagts fram till Kommissionen.¹⁰³ Det första utkastet av direktivet presenterades 1975, och blev utsatt för stark kritik från såväl näringslivet som rättsvetenskapen. Det andra utkastet, vilket lades fram 1985, blev även det kraftigt kritiserat. Trots att direktivet vilar på en gemensam arbetsprocess, där samtliga medlemsländer deltog, har någon enighet rörande direktivets innehåll inte kunnat nås. Det är idag klart att direktivet inte kommer att genomföras i sin nuvarande form. Som ett alternativ till harmonisering av koncernrätten genom direktiv har Kommissionen därmed angett att särskild reglering till skydd för aktieägare och borgenärer vid gränsöverskridande koncernförhållanden kan vara en lösning.¹⁰⁴

Enligt Friis Hansen kan den europeiska koncernrättsliga utvecklingen delas in i tre faser vilka är tätt sammankopplade med den tyska rättsutvecklingen. Den första fasen innefattade arbetet med det nionde bolagsdirektivet och tanken om en materiell europeisk koncernrätt. Den andra fasen har inneburit ett stillastående ur utvecklingsperspektiv. Den tredje fasen stod EU på tröskeln inför när Friis Andersens forskning publicerades.¹⁰⁵ Den skulle innefatta en ny välvilja att kodifiera koncernrätten på europeiskt plan, och därmed ny utveckling. Det kan dock ifrågasättas huruvida tröskeln till den tredje fasen någonsin korsades, eller om vi fortfarande befinner oss i den andra fasen av stillastående utveckling.

Det förekommer alltså inte någon allmän koncerndefinition för aktiebolaget i EU-rätten. Vid implementeringen av koncernredovisningskraven ansågs det dock naturligt att den koncerndefinition som förutsattes enligt direktivet även infördes i ABL. På så sätt bibehölls överensstämmelsen mellan redovisningsrätten och bolagsrätten.¹⁰⁶

2.4.1 Legalitetsprincipen

Utöver svårigheten att genomdriva materiell koncernrätt i EU till följd av oenighet om hur förhållandet ska regleras uppställs ytterligare ett problem vid diskussionen om en europeisk harmonisering av koncernrätten. Det handlar om

¹⁰¹ Nerep (2003), s. 35.

¹⁰² Friis Hansen (1996), s. 372.

¹⁰³ Friis Hansen (1996), s. 245.

¹⁰⁴ Com(93).632 s. 34.

¹⁰⁵ Friis Hansen (1996), s. 279 f, Se även Skog, NTS 2001:3 s. 331, s. 332 angående bolagsrätten i EU:s koppling till den tyska rätten.

¹⁰⁶ Nerep (2003), s. 36.

legalitetsprincipen och den befogenhet som harmoniseringen vilar på. Av legalitetsprincipen, vilken de EU-rättsliga institutionerna lyder under, följer att det måste finnas ett rättsligt stöd i fördraget för att genomföra dylika ansatser. De ursprungliga bolagsrättsliga direktiven som genomfördes hade stöd i art. 54.3 (g) EEG.¹⁰⁷ Artikeln behandlar skyddet för etableringsfriheten och ålägger rådet att avskaffa begränsningar i denna frihet.¹⁰⁸

Legalitetsprincipen innebär dock inte enbart att rättsligt stöd i fördraget ska finnas utan även att det särskilda tilltaget är nödvändigt.¹⁰⁹ De harmoniseringsåtgärder som har genomförts på bolagsrättens område har kritiserats på denna senare punkt som mer långtgående än vad som kan ses som nödvändigt. Den osäkerhet som än idag råder kring vad som är inom ramen för legalitetsprincipen följer av att tolkningen av artikel 54 har varit omdiskuterad under längre tid. Debatten kretsade kring vilka och hur långtgående de EU-rättsliga åtgärder som kunde grundas på etableringsfriheten var. Längre förordades en mer restriktiv tolkning av artikeln. Detta synsätt gav sedermera vika för en alltmer extensiv syn. Den exakta tolkningen är emellertid fortsatt omdiskuterad.¹¹⁰

Antagandet av Maastricht-traktaten innebar enligt Friis Hansen inte några större förändringar i harmoniseringen av bolagsrätten.¹¹¹ Genom traktaten tillkom subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen till EU-rätten. Principerna innebär att lagstiftning på EU-nivå enbart får ske då det är mer effektivt än att agera på nationell, regional eller lokal nivå samt att åtgärder inte får gå utöver vad som är nödvändigt.¹¹² Harmoniseringsarbetet på bolagsrätten fick till följd av detta en något annorlunda form, då fokus skiftades mot regler som anses vara särskilt viktiga i ett övernationellt och gränsöverskridande perspektiv och som inte kan uppfyllas på ett tillfredställande sätt genom åtgärder i varje enskild medlemsstat.¹¹³

Art. 54 st. 3, nuvarande art. 49, reglerar som nämnt etableringsfriheten och skyddet därför. Vad gäller eventuell koncernreglering kan enligt Friis Hansen hävdas att ett sådant harmoniseringsförslag inte kan grundas på artikeln, då majoriteten av medlemsländerna fullkomligt saknar reglering av koncernförhållanden. Det blir således inte fråga om harmonisering av lagstiftning, utan nyskapande av sådan. Han menar dock som motargument till detta att avsaknaden av materiell reglering inte innebär att problematiken inte är välkänd i samtliga medlemsländer samt att användandet av etableringsfriheten som rättslig grund för de direktiv som avser koncernrätt ligger i linje med den utvidgade tolkning av artikeln som förordas idag.¹¹⁴ Kommissionen har dock i

¹⁰⁷ Nuvarande art. 49 FEUF.

¹⁰⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=SV>. Hämtad 2016-05-15.

¹⁰⁹ Bernitz (2002), s. 26.

¹¹⁰ Friis Hansen (1996), s. 240.

¹¹¹ Friis Hansen (1996), s. 241.

¹¹² http://ec.europa.eu/atwork/index_sv.htm. Hämtad 2016-05-21. Samt art. 5.4 och art. 5.5 FEU.

¹¹³ Skog, NTS 2001:3 s. 331, s. 332.

¹¹⁴ Friis Hansen (1996), s. 242.

motsats till detta uttalat att subsidiaritetsprincipen medför att det kan krävas ytterligare rättsligt stöd för ett vidare arbete med koncerndirektivet.¹¹⁵

2.5 Kommentar till kapitlet

Utvecklingen av koncernrätten kan utifrån vad som framkommit i kapitlet ses ur två perspektiv. Dels är det en utveckling som skett på grundval av det samhällseliga intresset. I denna mening kan vi anses stå i samma situation idag, när koncernen betraktas. Dels kan det starka sambandet mellan juridisk person – och rättssubjektivitet – och ansvarsbegränsningen beaktas, varmed koncernproblematiken faller i annat ljus. Bägge dessa linjer utvecklas nedan.

Det framträder i kapitlet en bild av att såväl aktiebolaget som koncernförhållandet vuxit fram som en följd av företagsekonomiska överväganden. Näringslivet har utvecklat och drivit fram frågan om de olika sätten att bedriva verksamhet för att skapa bättre kapitalplaceringsmöjligheter. Lagstiftaren har sedermera eftersträvat en balans mellan vinstmaximering och risktagande genom införandet av skyddsregler för borgenärer och minoritetsdelägare. Överlag har det tidiga lagstiftningsarbetet kring aktiebolaget präglats av en vilja att åstadkomma ett företagsvänligt klimat. Den princip om begränsat ansvar för aktiebolag som utarbetades i 1848 års aktiebolagslag vilade inte på någon egentlig rättsgrund, tvärtom var den då rådande principen att fullständigt personligt ansvar gällde vid ingående av ekonomiska förbindelser. Undantaget från det personliga ansvaret rättfärdigades istället med hänsyn till samhällsnyttan av ekonomisk framväxt. Vad gäller senare tids lagstiftningsarbete inom bolagsrätten är detta samhällsintresse fortsatt i centrum som ett ändamål med lagstiftningen, men får nu dela plats med de skyddsintressen som förstärktes särskilt genom 1910 års aktiebolagslag.

Begreppsbildningen var i centrum i början av utvecklingen av aktiebolaget. Aktiebolagets rättsliga natur, dess begrepps innebörd, ansågs innefatta aktieägarnas begränsade ansvar i förhållande till bolagets förpliktelser. Aktiebolagets begrepp sågs härmed i ljuset av den samtid och det intresse som i första hand medfört associationsformens inträde i det svenska rättssamhället. Tillsammans med erkännandet av aktiebolaget som juridisk person, innebar det lagstiftade begränsade personliga ansvaret för aktieägare en milstolpe i det svenska näringslivets utveckling. Denna diskussion om aktiebolaget bör sättas i relation till begreppsbildningen kring koncernen och dennes juridiska status. Om koncernbildning anses samhällsekonomiskt fördelaktigt på samma sätt som aktiebolaget gjorde, torde det inte ligga långt bort att anse att lagstiftningen bör främja koncernbildning på samma sätt som aktiebolaget en gång utvecklades. Vad som är bakgrunden till företagsintegration och koncernbildning ur ett samhällsperspektiv blir därmed relevant för att avgöra huruvida koncernens helhet, koncernintresset, bör erkännas. Även ett antal andra frågeställningar

¹¹⁵ Friis Hansen (1996), s. 247.

uppkommer dock som en följd av detta. Exempelvis bör frågan ställas om det är en nödvändig följd av koncernförhållandet att det föreligger ett starkt enhetligt intresse bolagen emellan? Om så inte är fallet kan ett erkännande av koncernintresset legalt inte självklart anses vara samhälleligt rättfärdigat.

Sett ur det andra perspektivet som nämndes inledningsvis, där utvecklingen av såväl regleringen av aktiebolaget som koncernförhållandet betraktas med särskilt fokus på rättssubjektiviteten och det begränsade ansvaret, uppkommer helt andra frågeställningar än då den ekonomiska nyttan betraktas. I centrum för diskussionen hamnar då det skyddsändamål som aktiebolagslagen har idag, eftersom ansvarsfrågan blir särskilt intressant. I enlighet med utvecklingen av den juridiska personen blir slutsatsen följande. För att åstadkomma begränsat ansvar krävs att det är fråga om en juridisk person. Att begränsat ansvar inte föreligger medför dock inte att det inte är en juridisk person, vilket kan demonstreras genom förekomsten av exempelvis handelsbolag. Ett erkännande av koncernintresset, det vill säga av koncernen som helhet, skulle innebära att rättssubjektiviteten hos de enskilda bolagen i viss mån ”urholkas”. Följaktligen skulle frågan om det begränsade ansvaret i koncernen behöva lösas på ett nytt sätt. Med anledning av detta frågar jag mig om det skulle vara möjligt att se koncernen som helhet som en juridisk person, med begränsat ansvar utåt mot de slutliga ägarna, men inte inom koncernen. Om Bergendals syn på den juridiska personen som ett ”rättstekniskt hjälpmedel” för att uppnå önskade effekter, borde detta inte vara alltför långsökt.

Till följd av ovanstående resonemang om begreppsbildningen som en följd av samhällsklimatet och lagstiftningens ändamål samt om möjligheten att förändra innebörden av nuvarande begrepp kan den doktrin som behandlade den juridiska personen såväl som det begränsade personliga ansvaret under dess tidiga framväxt med fördel även betraktas ur ett metodperspektiv. Det bör nämligen erinras om vad som angavs i metodavsnittet i denna framställning om begreppsjurisprudens. De nödvändigheter som av rättsvetenskapen ansågs innefattas i aktiebolagsbegreppet, så som bolagets rättssubjektivitet och det begränsade personliga ansvaret, kan ses i ljuset av detta snarare än som en följd av samhälleliga överväganden om ekonomisk nytta. Vid denna syn på aktiebolagsbegreppet omöjliggörs närmast ett erkännande av koncernintresset, då detta nödvändigtvis i viss mån tänjer på gränserna för det aktiebolagsrättsliga begreppet. Utifrån det ändamålsperspektiv som idag är förhärskande i bolagsrättslig rättsvetenskap hamnar det aktiebolagsrättsliga begreppet i en annan, mer föränderlig, dager än då det betraktas ur begreppsjurisprudensens perspektiv. Uppsatsen utgår i enlighet med metodgenomgången i första hand från ändamåls- och samhällsöverväganden för analysen av koncernbegreppet. Trots att det aktiebolagsrättsliga begreppet därmed inte på samma sätt som enligt begreppsjurisprudensen behöver vara uppbyggt av icke-föränderliga beståndsdelar, kvarhåller jag mig i begreppsrealismen såtillvida att jag anser att koncernbegreppet behöver vara förenligt med det rådande aktiebolagsbegreppet för att vara hållbart. Utan att gå alltför djupt in på frågan om begreppens betydelse för lagstiftningen, vilket det inte finns utrymme för här, konstateras därför att det val av metod som föranlett att lagstiftarens ändamål och koncernens samhällsfunktion ges betydande vikt i den här framställningen kan

och bör kontrasteras mot det behov av kontinuitet i begrepps innebörd som finns i lagstiftningen.

Den EU-rättsliga utvecklingen har haft stor betydelse för svensk bolagsrätt, men har stött på hinder vad gäller koncernrätten. Det kan därmed förefalla förvånande att koncernförhållanden behandlas relativt likartat i merparten av medlemsstaterna. Det faktum att materiell lagstiftning försökts drivas igenom med tysk rätt som grund, det land som tillsammans med Portugal skiljer sig mest från övriga medlemsstaters koncernrätt, medför dock att motståndet ter sig mindre förvånande. Det tycks finnas ett behov, inte minst på grund av legalitetsprincipen, av att frågan om koncernrätten behandlas mer utförligt på nationell nivå, innan någon EU-rättslig konsensus kan nås. Den andra linjen som föreslagits av Kommissionen, där ett skydd för intressenterna regleras istället för att någon materiell koncernrätt skapas, riskerar att underminera behovet av ett helhetsgrepp om koncernrätten. En reglering av följderna av ett koncernförhållande, utan ett helhetsgrepp om hur koncernförhållandet ska behandlas legalt, tycks i enlighet med vad Krüger Andersen uttryckt vara ett bakvänt tillvägagångssätt att närma sig problematiken.

Det här kapitlet och de frågor som här i kommentaren har uppmärksammas ger en tydlig inblick i koncernproblematiken. En del av dessa frågor ämnar uppsatsen i det fortsatta att besvara. Följande kapitel tar vid där detta slutade, nämligen vid varför koncernbildning sker och hur koncernen behandlas av lagstiftaren idag. Slutligen bör något sägas om den koncernlagstiftning som utvecklats. Koncernens utveckling har kantats av ett flertal skandaler och bolagskrascher, där lagstiftaren vidtagit åtgärder för att svara på dessa missbruk av en stark ägarställning. Genom detta framkommer ändamålet med dagens bolagsrättsliga koncernreglering, nämligen att det är en skyddsreglering. Detta kommer att tydliggöras genom nästföljande kapitel.

3 Koncernen idag

3.1 Inledning

I det här kapitlet ska koncern som den ser ut idag, dess betydelse ur ett ekonomiskt perspektiv och dess innebörd ur ett legalt perspektiv, redogöras för. Fördelarna med koncernförhållandet, annorlunda uttryckt – motiven bakom varför koncernbildning sker – är nödvändiga för att förstå och analysera den problematik som koncernförhållanden skapar ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Genom dem visas koncernens samhällsliga funktion och betydelse.

Vidare behandlas koncernbegreppet i kapitlet. Koncernbegreppet är ett oklart begrepp, och omfattar särskilt två frågeställningar. Dels vad som enligt teoribildningen innefattas i begreppet, dels vad den aktiebolagsrättsliga definitionen omfattar för bolagskonstellationer. Det kan tyckas att dessa frågor borde vara en och samma, men så är inte fallet. Betydelsen av koncernförhållandet varierar beroende av sammanhang. Lodin uttryckte följande beträffande begreppet.¹¹⁶

”Man kan inte tala om något allmänt accepterat och på alla situationer tillämpligt koncernbegrepp. Koncernbegreppet träder istället fram som ett ’Zweckbegriff’ vars innehåll bestäms av de sammanhang i vilka det ska tillämpas.”

3.2 Motiv för koncernbildning

Koncernbildningen är fortsatt ökande i Sverige såväl som internationellt. 1997 ingick var femte svenskt aktiebolag i en koncern.¹¹⁷ För att förstå denna ökning och koncernens funktion i samhället behöver de fördelar som uppkommer genom koncernförhållandet belysas.

Koncernbildning anses generellt positivt ur ett samhällsperspektiv. Lagstiftaren kan således antas önska främja bildandet av koncerner.¹¹⁸ Vilka överväganden som föranleder en koncernbildning eller utökande av en koncern kan naturligtvis variera betydligt, på samma sätt som olika koncerners organisation varierar, men några ofta förekommande teorier om fördelarna med koncernförhållandet kan trots allt pekats ut.¹¹⁹ Det finns flera praktiska skäl till koncernbildning. Huvudskälet för koncernbildning får antas bygga på ekonomiska överväganden av olika slag.¹²⁰ Dessa motiv, om än samtliga i grunden vilande på ekonomiska

¹¹⁶ Lodin, (1973), s. 3.

¹¹⁷ SOU 1997:168 s. 80.

¹¹⁸ Se uttalandet av Krüger Andersen, nordiskt juristmöte, s. 75.

¹¹⁹ Jfr Krüger Andersen (1997), s. 203.

¹²⁰ Kedner, Svenberg (2000), s. 25 ff.

överbägganden, kan även delas in i administrativa, ekonomiska och juridiska fördelar.

Inledningsvis kan konstateras att koncernbildning innefattar en integration, och därigenom koncentration, av företag. Det finns ett flertal motiv till att företagskoncentration ur ett verksamhetsperspektiv betraktas som fördelaktigt. Vidare innefattas en annan typ av koncentration i koncernbildningen, nämligen ägandekoncentration. Ägandekoncentration var den aspekt av ägar- och inflytandestruktur som tidigast sattes i samband med effektiviteten i produktionen.¹²¹ I USA orsakade en tilltagande ägarspridning ett antal studier ifråga om betydelsen av detta och i förlängningen av agentproblemet.¹²² Dessa studier uttryckte att en ägarspridning föranledde begränsad övervakning av ledningens, agentens, agerande. En separation mellan ägande och kontroll förekommer således, vilken ökade risken för att ledningen skulle agera på ett sätt som stred mot aktieägarnas intresse.¹²³ Även en svensk studie gällande korrelationen mellan effektivitet och ägarkoncentration har publicerats, där resultaten pekar på ett samband mellan de bägge.¹²⁴ En begränsning av agentproblemet och därigenom uppkommen vinstmaximering är således en teori som anses ligga bakom strävan efter ägarkoncentration.

Koncernbildning innefattar som nämnt inte enbart ägarkoncentration, utan även och kanske i första hand företagskoncentration. Krüger Andersen identifierar särskilt fem motiv till att företagskoncentration förekommer i stor utsträckning. Det medför synergieffekter och andra storföretagsfördelar, konkurrensfördelar kan uppnås och riskspridning möjliggörs. Vidare uppfylls tillväxtmotiv och imperiebyggande motiv.¹²⁵ De fem motiven följer av två olika ekonomiska teorier. De första två av företagsekonomisk teori, vilket förklarar vilka fördelar och ekonomiska resultat som uppnås av koncentrationen. De två sista av organisationsteori, vilken tar sikte på vilka strategier som förklarar olika typer av koncentration. Riskspridningsmotivet kan förklaras med bägge de nämnda teorierna, och ses även som ett särskilt strategiskt mål med koncernbildning.¹²⁶ Riskspridningsmotivet är även i andra undersökningar återkommande som ett viktigt motiv för koncernbildning.¹²⁷

Det är överlag ett gemensamt drag för utvecklingen i näringslivet att strukturförändringar sker löpande. Dessa strukturförändringar sammanhänger med den tillväxtsträvan som råder.¹²⁸ Koncernbildning, vilket genom uppköp av befintliga bolag möjliggör för företag att växa snabbt, blir således en attraktiv form av omstrukturering.¹²⁹ Den bolagsrättsliga koncerndefinitionen, vilken

¹²¹ SOU 1988:38 s. 296.

¹²² Se ovan avsnitt 1.3.3.

¹²³ SOU 1988:38 s. 297; Se Berle, Means (1932).

¹²⁴ Bjuggren (1988).

¹²⁵ Krüger Andersen (1997), s. 204 f.

¹²⁶ Krüger Andersen (1997), s. 205.

¹²⁷ Jfr Moberg (1998), s. 41.

¹²⁸ Krüger Andersen (1997), s. 203.

¹²⁹ Dotevall (2015), s. 116.

behandlas nedan, innebär därtill att koncernförhållandet möjliggör kontroll över verksamheter med ett förhållandevis litet kapital.¹³⁰ Genom ägande av mer än hälften av rösterna uppstår ett bestämmande inflytande och en kontroll över en annan juridisk person för moderbolaget samtidigt som moderbolaget åtnjuter begränsat ansvar i förhållande till det underordnade bolaget.

Som nämnt kan fördelarna även delas in i administrativa, juridiska och ekonomiska fördelar. Administrativt leder koncernbildning till att ledningen i moderbolaget kan fokusera på verksamhetens långsiktiga mål. Ledningen i dotterbolagen kan då istället fokusera på det enskilda bolagets dagliga förvaltning.¹³¹ Juridiskt är den tydligaste fördelen, vilken även är den fördel som har starkast koppling till diskussionen om behovet av materiell koncernrätt, den riskminimering som kan uppnås genom koncernförhållandet.

Sammanfattningsvis uppnås, åtminstone ur teoretisk synpunkt, ett antal fördelar med koncernförhållandet. Det följer särskilt av att koncernbildningen generellt innefattar såväl ägarkoncentration som företagskoncentration och därmed uppstår de fördelar som uppkommer av bådadera.

3.3 Vad är en koncern?

I avsnitt 3.4 nedan kommer den bolagsrättsliga definitionen av när ett koncernförhållande föreligger att behandlas. Vad som avses med koncernbegreppet varierar dock, inte minst mellan det praktiska betraktelsesättet och det juridiska. I det här avsnittet ska därför de teoretiska utgångspunkter som koncernbegreppet vilar på utvecklas närmre.

Den problematik som uppkommer vid ett försök att definiera vad som innefattas i ett koncernförhållande beskrivs av Krüger Andersen som en direkt följd av den motsättning som föreligger ”mellan (en ny) ekonomisk realitet och (en gammal) juridisk fiktion”.¹³² Detta konstaterades även i Fermentautredningen, där det hette ”att det finns få områden inom den svenska lagstiftningen, där avståndet mellan juridik och verklighet är så stort som när det gäller styrningen av koncerner”.¹³³ Det finns en naturligt inbyggd konflikt i koncernförhållandet vilken lägger grunden för denna motsättning i vad som anses innefattas i koncernbegreppet, men även för den problematik avseende styrning och kontroll som uppstår i koncernförhållanden och som behandlas nedan. Denna konflikt kommer av att aktiebolaget betraktas som ett separat juridiskt rättssubjekt, en enskild enhet. Ett koncernförhållande innebär per definition att en större enhet skapas, i vilken den förra ingår. I ett koncernförhållande krävs följaktligen att

¹³⁰ Kedner, Svenberg (2000), s. 27.

¹³¹ Rodhe (2009), s. 270, 274.

¹³² Förf. övers.: ”mellm (en ny) økonomisk realitet og (en gammel) juridisk fiktion”, Krüger Andersen (1997), s. 49.

¹³³ Fermentautredningen (1988), s. 183. Angående Fermenta-affärens betydelse för den koncernrättsliga utvecklingen, se ovan avsnitt 2.3.

aktiebolagets gränser som självständigt i förhållande till dess ägare i någon mån suddas ut, till förmån för den större enheten.¹³⁴ I vilken utsträckning dessa gränser ur juridiskt perspektiv ska behandlas som existerande eller inte kan angripas från framför allt två olika teoretiska infallsvinklar. Den ena består i att hålla fast vid den juridiska personens enhet, koncernförhållandet till trots. Den andre i att koncernförhållandet medför att flera juridiska personer ses som en enda enhet, det vill säga ett bortseende från den enskilda juridiska personens enhet.¹³⁵

3.3.1 Det juridiska begreppet – *Entity-theory*

Den i svensk rätt juridiska utgångspunkten är att varje aktiebolag ska betraktas som en självständig och separat rättslig enhet. Så är fallet oavsett om aktiebolaget är en del av en koncern.¹³⁶ Detta är ett uttryck för *Entity-theory*¹³⁷, i viss doktrin benämnt som klassisk koncernrätt, vilken är en följd av det historiska sättet att betrakta aktiebolag som enskilda rättssubjekt vilka är fullständigt åtskilda från sina ägare.¹³⁸

Koncerndefinitionen i ABL är på grund av det legala synsättet ett samlingsbegrepp för ett flertal separata rättssubjekt.¹³⁹ Oavsett hur integrerad verksamheten är, betraktas koncernen inte som ett eget rättssubjekt.¹⁴⁰ Koncernförhållandet, vilket i grunden består av ett samarbete mellan separata juridiska enheter som syftar till att uppnå gemensamma fördelar, är i enlighet med detta ur ekonomisk synvinkel snarast en form av kartell.¹⁴¹ Koncernen ges med andra ord inte någon juridisk legitimitet i enhetsteorin. Betydelsen av att lagstiftning i vissa avseenden behandlar koncerner som en rättslig institution, och det således finns en legal acceptans av koncernförhållanden, men att lagstiftningens teoretiska utgångspunkt är ett underkännande av koncerner som rättsligt legitima har getts visst utrymme i doktrin. Det har då framförts att den bristande juridiska legitimitet som koncernen åtnjuter måste undanröjas för att nå tillfredsställande resultat på koncernrättens område.¹⁴²

Det finns ett antal undantag från den renodlade enhetsteorin i svensk rätt. Tydligast framträder erkännandet av ett koncernintresse bokföringsrättsligt. Även i den allmänna bolagsrätten framkommer främst två typer av skydds- och

¹³⁴ Dotevall (2015), s. 116.

¹³⁵ Krüger Andersen (1997), s. 178 f.

¹³⁶ Dotevall (2015), s. 116.

¹³⁷ I fortsättningen översätts begreppet till den svenska motsvarigheten "enhetsteorin". Detta begrepp syftar till den teori som utarbetats främst i engelsk praxis och vars innehåll beskrivits ovan. Begreppet bör inte förstås som den i tysk rätts teori utvecklade "*Einheitstheorie*", vilken innebär det motsatta, det vill säga att en koncern i rättsligt hänseende ska betraktas som en samlad enhet, Friis Hansen (1996), s. 26.

¹³⁸ Se Krüger Andersen (1997), s. 179; Friis Hansen (1996), s. 293 f.

¹³⁹ Se vidare om koncerndefinitionen i avsnitt 3.4.

¹⁴⁰ Sandström (2012), s. 64 not 19.

¹⁴¹ Dotevall (2015), s. 116 f.

¹⁴² Krüger Andersen (1997), s. 179.

ansvarsregler. Det är dels fråga om kapitalskyddsregler om olovliga värdeöverföringar och om skadeståndsregler.¹⁴³ Vad gäller låneförbudet i 21 kap. 1–2 §§ ABL samt reglerna om tvångsinlösen i 22 kap. 1 § kan även dessa anses påvisa ett i någon mån erkänt koncernintresse genom att behandla koncernen som en sammanhållen enhet. Koncernen som enhet accepteras i dessa fall till följd av ett bakomliggande syfte där lagstiftaren med regleringen ämnar återställa rättsläget till det tillstånd som förelåg före koncernbildandet. Moderbolaget intar således samma ställning i förhållande till dess omgivning som förelåg mellan avtalslutande parter före koncernförhållandet uppkom.¹⁴⁴

Avstegen från den renodlade enhetsteorin i svensk rätt har förklarats med att moderbolagets maktställning medför risker för missbruk. För att inte moderbolaget genom på eget initiativ företagna transaktioner ska skapa vinster för koncernen som helhet, och på denna väg framställa det egna resultatet som gynnsammare än vad det egentligen är, har lagstiftaren ansett det nödvändigt att införa viss reglering som tar utgångspunkt i koncernen som helhet.¹⁴⁵ En fråga uppkommer till följd av dessa undantag om ett koncernintresse på grund av dem även juridiskt, mer specifikt bolagsrättsligt, bör betraktas som erkänt de lege lata. Ett beslut som fattades av Södertälje tingsrätt föranledde stöd för denna uppfattning då tingsrätten resonerade kring betydelsen av att ett koncernintresse förelåg för tillämpning av borgenärsskyddsreglerna om vinstutdelning i 12 kap. ABL.¹⁴⁶ Avsaknaden av senare praxis i denna riktigt har emellertid lett till att inställningen i modern doktrin är att enhetsteorin fortsatt har ett starkt fäste i svensk rättstillämpning, och att koncernintresset således saknar legalt stöd.¹⁴⁷ Istället menar Krüger Andersen att lagstiftaren, genom att införa regler för att lösa vissa koncernrättsliga problem, ignorerar den övergripande koncernrättsliga problematiken. Så sker då den övergripande problematiken förminsкас till att ses som flera enskilda problem vilka kan och ska lösas var för sig.¹⁴⁸ Ur legitimitetssynpunkt kan därmed anmärkas att dessa avsteg från enhetsteorin inte nödvändigtvis innebär att lagstiftaren legitimerar koncernförhållandet, utan närmast tvärtom. Den lagreglering av koncernförhållanden som finns i svensk rätt kan således ses från två perspektiv. Antingen som ett avsteg från enhetsteorin och därmed ett närmande mot att se koncernen som en enhet, eller som ett förstärkande av enhetsteorin, genom att försöka återställa moderbolagets ställning till den ett fristående aktiebolag intar.

Avslutningsvis kan man konstatera att den legala synen på koncernförhållandet intresserar sig i första hand för ägarställningen och ägarformen i koncernen samt

¹⁴³ Stattin (2008), s. 308. Stattin nämner även ansvarsgenombrottsdoktrinen som en tredje regel. Mer om ansvarsgenombrott och varför det inte tas upp som en bolagsrättslig ansvarsregel i avsnitt 5.5.

¹⁴⁴ Larsson (1989), s. 283.

¹⁴⁵ Larsson (1989), s. 283.

¹⁴⁶ Folkesson, Tropp Ellerås, Balans 86:2 s. 36, s. 39 f.

¹⁴⁷ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 875.

¹⁴⁸ Krüger Andersen (1997), s. 180 f. Se även Berle (1947), s. 343 ff. där lagstiftarens sätt att behandla problemen ad hoc sätts i relation till betydelsen av en mer övergripande *verksamhetsteori*.

huruvida ett borgensmannaskydd föreligger. I anslutning till detta bör även uppmärksammas att det legala koncernbegreppet är mångfacetterat. Uppdelat i ett fiskalt och ett bolagsrättsligt, begrepp kan följande påtalas. Det fiskala sättet att betrakta koncernförhållandet ur lagstiftningsperspektiv skiljer sig från den bolagsrättsliga i viss bemärkelse. I beskattningshänseende accepteras koncernen nämligen som ”en *intern* och till slutliga aktieägare kompletterande ägarkontrollösning”.¹⁴⁹ Den skatterättsliga regleringen av koncernförhållanden stödjer således koncernbildning genom generösa företagsbeskattningsregler mellan koncernbolag. Den aktiebolagsrättsliga regleringen däremot lägger fokus vid de *slutliga* aktieägarna och andra koncernintressenters rättigheter. Där den bolagsrättsliga synen på koncernen fokuserar på dess ägarform och borgensmannaskydd, fokuserar således det fiskala synsättet på enhetens skattemässiga status.¹⁵⁰ Ovanstående tydliggör betydelsen av ändamålet med lagstiftningen för dess teoretiska bakgrund. Ändamålet med den bolagsrättsliga lagstiftningen är att åstadkomma ett skydd för borgenärer- och minoritetsdelägare. Så sker i koncernförhållanden genom att återställa intressebalansen till den i ett aktiebolag, då det i ett enskilt aktiebolag ha skett en lämplig avvägning och således ett tillräckligt skydd. I skatterättsliga sammanhang är ändamålet ett annat, närmast att beskatta uppkomna vinster men även att möjliggöra företagsekonomiska överväganden som kan leda till ökade vinster och därmed ökad beskattningsgrad. Slutligen är det ett tredje ändamål som uppdragas i bokföringsrätten. Där är det centrala att återge verkligheten så riktigt som möjligt, vilket föranleder att koncernförhållandet nödvändigtvis måste ses som en enhet om det behandlas så ekonomiskt.

3.3.2 Det ekonomiska begreppet – *Enterprise-theory*¹⁵¹

Det ekonomiska koncernbegreppet betraktas av flertalet även som det i praktiken tillämpade synsättet på koncernen. Det ekonomiska koncernbegreppet och *Enterprise-theory*¹⁵² definierar koncernen, inte som enhetsteorin utifrån det enskilda bolaget som juridisk enhet, utan utifrån verksamhetens affärsmässiga organisation.¹⁵³ Enheten bildas således av verksamheten, och kan därmed bestå av flera bolag. Teorin är avsedd att överbrygga den skillnad som finns mellan enhetsteorin och den ekonomiska verklighet som föreligger. Skillnaden mellan den historiska bilden av aktiebolaget, till följd av vilken enhetsteorin

¹⁴⁹ Larsson (1989), s. 276.

¹⁵⁰ Larsson (1989), s. 276, s. 279.

¹⁵¹ Notera att teorin om koncernen som en enhet (*enterprise-theory*) och det ekonomiska koncernbegreppet inte nödvändigtvis sammanfaller i sin helhet. *Enterprise-theory*, så den beskrivs av Berle, kan tillämpas såväl på koncernförhållanden där flera bolag bildar en juridisk enhet, som på bolag som inte godkänts av staten, där fysiska personer bildar en juridisk enhet. Det är sålunda inte fråga om synonymer, utan snarare om två sidor av samma mynt där utgångspunkt tas i den ekonomiska realiteten för att definiera vad som utgör en enhet i juridiskt perspektiv. Jfr Berle (1947) samt Larsson (1989), s. 279 ff.

¹⁵² Av Berle benämnt ”*the theory of enterprise entity*”, Berle (1947), s. 344. Fortsättningsvis översatt till ”verksamhetsteorin”.

¹⁵³ Dotevall (2015), s. 116.

utvecklades, och den nuvarande framhävs för att lyfta behovet av en reviderad syn på bolagsförhållanden.¹⁵⁴

Utgångspunkt tas i den ekonomiska intressegemenskap som finns i koncerner. Denna gemenskap betecknas ofta som förekomsten av ett ”koncernintresse”.¹⁵⁵ I fokus för teorin om koncernen som enhet ligger enligt Larsson koncernens hushållande med resurser.¹⁵⁶ Verksamheten och dess ekonomiska organisation är således i centrum. Hänsyn tas inte till de legala förutsättningar som uppställs i bolagsrätten och som presenterats ovan, utan i blickfånget ligger huruvida faktiskt bestämmande inflytande kan utövas av ett bolag över ett annat. Med ”bestämmande inflytande” avses här inte det juridiska begrepp som används i lagtexten samt för att avgöra om ett bolag uppfyller de bolagsrättsliga kraven för att vara en koncern. Sådant inflytande som åsyftas handlar istället om faktisk kontroll och möjlighet att påverka beslut i ett bolag, vilket poängteras genom tillägget av ”faktiskt” för lokutionen bestämmande inflytande. Huruvida ett faktiskt bestämmande inflytande föreligger bestäms enligt Larsson av vilken grad av inflytande över de ekonomiska aktiviteterna i koncernen som den interna kontrollen har.¹⁵⁷ I de fall där det finns en fungerande kontroll, och således ett starkt inflytande, är det fråga om en koncern. Koncernens juridiska struktur underordnas därmed de praktiska omständigheterna, såsom verksamheternas organisationssätt.

Utgångspunkten för det ekonomiska begreppet är att verksamheterna i koncernen står under gemensam ledning, vilken utövar den enhetliga kontroll som ovan beskrivits som avgörande för om ett koncernförhållande anses föreligga eller ej. Den gemensamma ledningen medför att dotterbolag i koncernen underkastas den överordnade enhetens besluts- och kontrollmekanismer. Kontrollen kan exempelvis konstitueras av möjligheten att genom röstmajoritet utse flertalet av styrelseledamöterna i de underordnade företagen.¹⁵⁸ Enligt det ekonomiska begreppet ska möjligheten till kontroll, *den latent kontrollen*, snarare än den faktiskt utövad kontroll, *den manifesta kontrollen*, grunda koncernförhållande.¹⁵⁹ Mer bestämt vad som ska innefattas i denna kontroll är dock en omdiskuterad fråga.

Koncernen som ekonomiskt begrepp utgörs med andra ord av den ekonomiska beslutsenheten.¹⁶⁰ Dess intresse, politik och öde ses som gemensamt i de fall

¹⁵⁴ Berle (1947), s. 344, 348.

¹⁵⁵ För en närmre förklaring se avsnitt 1.6.

¹⁵⁶ Larsson (1989), s. 279.

¹⁵⁷ Larsson (1989), s. 279.

¹⁵⁸ Larsson (1989), s. 281.

¹⁵⁹ Här kan man skönja en likhet med det legala koncernbegreppet, även där är det den latent kontrollen som lägger grunden för koncernförhållandet. Enligt Larsson kan detta härledas till att det är enklare att fastställa en möjlighet till kontroll än en faktiskt utövad sådan.

¹⁶⁰ Notera att användandet av uttrycket ”ekonomisk enhet” har kritiserats för att vara missledande då det kan tyckas syfta till en fullkomligt sammanhållen enhet. Enligt Lodin ligger i begreppet att ”de berörda företagen framstå som en enhet inte bara i finansierings- och resultatutjämningshänseende utan även vad angår ansvaret för ekonomiska förpliktelser. Detta torde emellertid i allmänhet inte vara fallet”, Lodin (1973), s. 6.

kraven för att betraktas som enhet är uppfyllda.¹⁶¹ Det är dock viktigt att erinra om att bilden av koncernen som enhet enligt det ekonomiska begreppet inte nödvändigtvis innebär att det behöver vara fråga om en *helt* integrerad och ekonomiskt sammanhållen enhet. Istället är det väsentliga att det förekommer en inte obetydlig finansiell sammanbindning mellan bolagen och att gemensam ledning utövas.¹⁶²

3.3.3 En utblick¹⁶³

De flesta länder tar liksom Sverige utgångspunkt i enhetsteorin. Teorin kommer som nämnt av den historiska utvecklingen av aktiebolaget, men utvecklades i sin mer konkreta form först i engelsk rätt. Där formulerades enhetsteorin i rättsfallet *Salomon v. A Salomon & Co Ltd*¹⁶⁴ år 1897. Genom fallet etablerades att bolaget var fullständigt avskilt från dess ägare vilket sedermera varit utgångspunkten i engelsk rätt.¹⁶⁵ England är det land som än idag tydligast håller kvar vid enhetsteorin. Den utgör den teoretiska utgångspunkten för lagstiftningen, liksom i många länder, men upprätthålls till skillnad från i många andra länder även i praxis.¹⁶⁶

Tyskland är det land, tillsammans med Portugal, som har frångått enhetsteorin till förmån för en materiell koncernrätt baserad på koncernen som en enhet. Lagstiftningen är med andra ord i enlighet med verksamhetsteorin, vars motsvarighet i tysk rätt kallas *Einheitstheorie*. Det är en central utgångspunkt även i tysk rätt att självständiga juridiska personer erkänns och att kännetecknande för dem är att dess medlemmar inte ansvarar för bolagets skulder. Det finns dock, framför allt inom koncernrätten, ett flertal undantag från detta.¹⁶⁷ *Einheitstheorie* innebär kortfattat att bolag som ingick i en koncern skulle betraktas som tillhörande en och samma enhet. Teorin, som utarbetades redan 1923, avvisades av rättsvetenskapen och domstolarna med hänvisning till dotterbolagets status som självständigt rättssubjekt. Teorin fick dock betydelse för skatterätten varvid denna sedermera fick stor betydelse för utvecklingen av tysk bolags- och koncernrätt, och har på så sätt präglat tysk utveckling.¹⁶⁸ Bolagsrättsligt infördes enhetlig materiell koncernlagstiftning 1965, men den tyska koncernrätten går tillbaka till tiden före första världskriget.¹⁶⁹

¹⁶¹ Gomard (1997), s. 77.

¹⁶² Larsson (1989), s. 279 ff.

¹⁶³ Någon mer djupgående beskrivning av gällande koncernrätt i världen åsyftas inte. Avsnittet lyfter enbart de teoretiska utgångspunkterna i tre länder vilka betraktar koncernförhållandet på tre olika sätt. Avsnitt är tänkt att ge läsaren en vidare bild av hur koncerner kan och har betraktats i andra rättsordningar än den svenska.

¹⁶⁴ [1897] A.C. 22, HL.

¹⁶⁵ Gower, Davis (2012), s. 33 ff.

¹⁶⁶ Dotevall (2015), s. 118.

¹⁶⁷ Moberg (1998), s. 117 f.

¹⁶⁸ Friis Hansen (1996), s. 78 f, 101,

¹⁶⁹ Friis Hansen (1996), s. 70 f.

Den motsättning som ligger i att koncernen praktiskt fungerar som en ekonomisk och affärsmässig enhet, men juridiskt som separata rättsliga enheter kan skapa konflikter vilka behandlas närmre i kapitel fyra och fem nedan. Den i fransk rättspraxis utvecklade *Rozenblum-doktrinen* förespråkas till stor del i internationell doktrin som en lösning på denna konflikt. Därmed kan Rozenblum-doktrinen även sägas tillhandahålla en lösning på problematiken med diskrepansen mellan det ekonomiska och praktiska erkännandet av koncernintresset, respektive det juridiskt klassiska bortseendet av koncernintresset. Rozenblum-doktrinen har framhållits innehålla ”principer för ett legalt erkännande av ett koncernintresse samtidigt som den ger ledningen av moderbolaget nödvändigt handelsutrymme för att uppfylla koncernpolicy och att allokera till respektive koncernbolag att uppfylla sin funktion i koncernen” och således vara en avvägning mellan de olika intressena som förekommer i koncerner.¹⁷⁰ Rozenblum-doktrinen härrör från ett franskt rättsfall vilket slår fast följande.¹⁷¹ Ekonomiska nackdelar som drabbar aktieägarminoriteter och borgenärer i ett dotterbolag kan uppfattas som en pliktförsummelse av ledamöterna i dotterbolagets eller moderbolagets räkning. För att så inte ska vara fallet krävs att koncernen i sin helhet har en väletablerad koncernstruktur och en enhetlig koncernpolitik inom vilken de nackdelar som åsamkas aktieägarna respektive borgenärerna ryms inom. Slutligen ska denna policy på medellång sikt innebära en utjämning av riskerna och möjligheterna för dotterbolagen, det vill säga att det ska föreligga balans mellan för- och nackdelarna. Åtgärden får heller inte innebära ett otillbörligt risktagande.¹⁷² Doktrinen har inte fått genomslag i svensk rätt men är av intresse för den principiella diskussionen om koncernen som enhet, som sammanbindning av självständiga bolag respektive något där emellan.

3.4 När föreligger en koncern?

Definitioner av vilka förhållanden som skapar ett koncernförhållande finns i ett flertal lagar.¹⁷³ De olika definitionerna är i språkligt hänseende i stort sett identiska. Mindre variationer förekommer emellertid materiellt sett, beroende av vilka associationsformer som regleras av den aktuella lagstiftningen.¹⁷⁴ Bolagsrättsligt definieras koncerner sedan 2005 års aktiebolagslag i ABL 1 kap. 11 §. Utformningen av koncerndefinitionen följer till stor del av harmoniseringen av bolags- och redovisningsregler inom EU.¹⁷⁵ Av detta följer att koncernbegreppet är så när som likalydande i EUs medlemsstater. Definitionen följer i enlighet med vad som anförts ovan enhetsteorin, och tar därmed sin utgångspunkt i att koncernen består av flera självständiga rättssubjekt.

¹⁷⁰ Dotevall (2015), s. 124 f.

¹⁷¹ Cass. crim. 04.02.1985, D. 1985, jurisp., 478.

¹⁷² Dotevall (2015), s. 125.

¹⁷³ Se ÅRL 1 kap. 4 §, FirmaL 1 kap. 4 §, SL 1 kap. 5 §.

¹⁷⁴ Nerep (2003), s. 35.

¹⁷⁵ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 11 §*, Lexino 20013-02-01.

Avgörande för bedömningen av om ett koncernförhållande föreligger är moderbolagets inflytande i dotterbolaget.¹⁷⁶ Inflytandet kan dock ta sig uttryck på olika sätt, vilket förtydligas nedan. Det finns enligt Sandström två huvudförklaringar till att koncerndefinitionen i ABL är utformad som den är.¹⁷⁷ Det första består av det primära syftet med koncerndefinitionen, nämligen att i enlighet med EU-rätten ange i vilka situationer ett bolag är att betrakta som moderbolag och därmed måste avge koncernredovisning.¹⁷⁸ Kravet på koncernredovisning kommer av svårigheten att i de enskilda bolagens räkenskaper redovisa de ekonomiska förhållandena mellan företagen i koncernen.¹⁷⁹ Den andra förklaringen till koncerndefinitionens utformning emanerar från risken för att aktiebolagslagens regler om aktiekapitalet och maktfördelningen kringgås i koncernförhållanden och behovet att motverka detta.¹⁸⁰

Koncerndefinitionen bygger på fyra alternativa kriterier. Ett bolag kan för det första bli moderbolag i förhållande till ett annat bolag genom att det förra innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen. Den här första punkten i definitionen genererar ett bolagsrättsligt koncernförhållande på formella grunder, och är således oberoende av om ett faktiskt bestämmande inflytande föreligger till följd av röstmajoriteten eller inte.¹⁸¹ Det nödvändiga innehavet för att uppfylla kriteriet syftar till röstmajoriteten. Förutsättningen är därför oberoende av om röstmajoritet är en konsekvens av bolagets innehav av aktier i dotterbolaget, eller om det föreligger innehav av röstmajoritet på annan grund, exempelvis pantsättning.¹⁸² Enligt Dotevall följer det även av att röstinnehavet bestäms av aktie- eller andelsinnehavet att en praktisk begränsning i rösträtten på grund av aktieägaravtal eller liknande inte påverkar uppfyllandet av regeln. Detta gäller då denna framgår av bolagsordningen enligt 7 kap. 8 § ABL.¹⁸³ Aktiebolagsutredningen kommenterade dock på denna fråga och anförde att den tanke som låg bakom koncernregleringen är att koncernen reellt är en ekonomisk enhet, vilket därmed torde förutsätta att moderbolaget har fullt herravälde över dotterbolagen för tillämpning av reglerna.¹⁸⁴ Att en koncern inte ska anses föreligga då det presumtiva moderbolaget inte tillåts rösta för mer än hälften av aktierna i dotterbolaget är även en ofta företrädd ståndpunkt i doktrin.¹⁸⁵

¹⁷⁶ Andersson, Johansson, Skog (2014), 1:25.

¹⁷⁷ Sandström (2012), s. 64.

¹⁷⁸ Dotevall (2015), s. 117.

¹⁷⁹ Behovet av en koncernredovisning uppdagades i samband med Kreugerkraschen, se avsnitt 2.3 ovan.

¹⁸⁰ Sandström (2012), s. 64.

¹⁸¹ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 11 §*, Lexino 2013-02-01. Naturligtvis krävs att den grundläggande dispositionen är giltig och bindande enligt tillämpliga bestämmelser i Sverige och i utlandet.

¹⁸² Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 11 §*, Lexino 2013-02-01; Andersson, Johansson, Skog (2014), s. 1:27.

¹⁸³ Dotevall (2015), s. 120.

¹⁸⁴ SOU 1971:15 s. 125.

¹⁸⁵ Rutberg, Skog, SvSKT 6–7/1997 s. 574 ff; Krüger Andersen (1997), s. 371.

I svensk rätt gäller *odelbarhetsprincipen*, vilken innebär att de rättigheter som normalt hör samman med ägandet av en aktie generellt inte anses kunna inte skiljas permanent från ägandet av denna.¹⁸⁶ I ljuset av ordalydelsen i 1 kap. 11 § 1 p. och omedelbarhetsprincipen följer att de nyligen införda möjligheterna till vinstandelslån och kapitalandelslån inte ska betraktas som andelar enligt regeln, och kan således inte grunda ett koncernförhållande.¹⁸⁷ Detta gäller i förhållanden som enbart inbegriper svenska bolag. I de fall där det blivande dotterbolaget är ett utländskt bolag måste frågan prövas utifrån den nationella rätten. I de rättsordningar där ett skiljande av rösträtten från äganderätten tillåts torde innehavet av rösträtten, oavsett ägande, vara avgörande för huruvida ett koncernförhållande föreligger.¹⁸⁸

De följande punkterna, ABL 1 kap. 11 § 2–4 p., förutsätter förvisso ett ägande av moderbolaget i dotterbolaget, men grundar koncernförhållandet på andra förutsättningar än rösträttsmajoritet genom detta ägande. Ägandet behöver således i teorin inte överstiga en aktie eller andel för att ett koncernförhållande ska föreligga. Koncernförhållandet följer istället av att moderbolaget på annat sätt anses ha ett inflytande i dotterbolaget.¹⁸⁹ Dessa kan till viss del ses som ett komplement till den första punkten.

Enligt ABL 1 kap. 11 § 2 p. uppkommer ett koncernförhållande då moderbolaget förfogar över rösterna till följd av avtal. Det är främst aktieägaravtal om hur ägarna röstar på bolagsstämman som enligt förarbetena åsyftas med regeln, men några begränsningar i avtalsformen framkommer inte.¹⁹⁰ Avtalet måste emellertid ge aktiebolaget förfogande över mer än hälften av rösterna. Enbart en vetorätt är således inte tillräckligt för att skapa ett sådant inflytande som krävs för att uppfylla regeln, utan det borde med största sannolikhet krävas positivt innehåll i avtalet.¹⁹¹

Nästföljande punkt, ABL 1 kap. 11 § 3 p., anger att moderbolaget anses ha sådant inflytande som tillsammans med ägande grundar ett koncernförhållande då det har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan. Denna rättighet kan tillkomma moderbolaget på grund av bestämmelse i lag eller föreskrift i dotterbolagets bolagsordning. Huruvida en sådan rättighet som grundas på avtal mellan moderbolaget och delägare i dotterföretaget är tillräckligt för att uppfylla kriteriet är dock tvivelaktigt.¹⁹² Då ett bolag kontrollerar tillsättandet eller avsättandet av majoriteten av ett annat bolags styrelse antas ett betydande inflytande över det senare bolagets förvaltning föreligga. Med detta är inte sagt att inflytandet över styrelsen nödvändigtvis ger ett mer generellt bestämmande inflytande över

¹⁸⁶ Arvidsson (2010), s. 277 ff.

¹⁸⁷ Dotevall (2015), s. 120.

¹⁸⁸ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551), 1 kap. 11 §*, Lexino 20013-02-01.

¹⁸⁹ Det inflytande som åsyftas här är av mer begränsad karaktär än vad som menas med begreppet *bestämmande inflytande* i ABL 1 kap. 11 § 4 p, varför enbart ”inflytande” används.

¹⁹⁰ Prop. 1995/96:10 s. 177.

¹⁹¹ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551), 1 kap. 11 §*, Lexino 20013-02-01.

¹⁹² Andersson, Johansson, Skog (2014), s. 1:28.

bolagets angelägenheter vilket föranleder att det kan finnas tillfällen då en mer nyanserad bedömning av bolagets förhållanden varit mer rättvisande.¹⁹³

Ett koncernförhållande kan vidare uppkomma då ett bestämmande inflytande följer av avtal med, eller föreskrift i bolagsordningen i, det blivande dotterbolaget enligt 1 kap. 11 § 4 p. Det är först i denna punkt lokutionen ”bestämmande inflytande” förekommer i lagtexten. Uttrycket har här, enligt Nerep och Samuelsson, en bredare betydelse än då det används för att beskriva det inflytande som uppkommer genom övriga punkter.¹⁹⁴ Bestämmelsen har dock ett begränsat tillämpningsområde i svensk rätt och tar närmast sikte på gränsöverskridande koncernbildningar.¹⁹⁵ Avtal och bolagsordningsbestämmelser som innebär att beslutanderätten överförs från ett bolagsorgan till en utomstående juridisk person torde nämligen inte vara tillåtna i svensk rätt eftersom de strider mot kompetensfördelningen i ABL.¹⁹⁶ Bolagsorganen saknar, utom i de uttryckliga lagstadgade undantag som återfinns i ABL, befogenhet att träffa avtal som innebär att de avsäger sig sin beslutanderätt. En överföring av beslutanderätten i enbart de undantag som stadgas är heller inte tillräckliga för att föranleda ett sådant bestämmande inflytande som åsyftas i regeln. Följaktligen har denna del av definitionen främst betydelse i de fall det är fråga om ett multinationellt koncernförhållande där dotterbolaget har domicilland i en rättsordning som tillåter dylika avtal, exempelvis i Tyskland.¹⁹⁷

3.4.1 50/50-bolag

Huruvida ett koncernförhållande är vid handen då ett bolag ägs av två juridiskt fristående ägarföretag vilka vardera har hälften av rösterna i bolaget var länge en omdiskuterad fråga. Det utmärkande för dylika bolag är att vart och ett av ägandeföretagen har möjlighet att utöva vetorätt i dotterbolagets angelägenheter, det vill säga en negativ bestämmanderätt.¹⁹⁸ Frågan går således tillbaka till den om vad som krävs för att ett bolag ska anses ha bestämmande inflytande över ett annat.

I förarbetena till ÄABL diskuteras 50/50-bolag och huruvida de skulle omfattas av koncernbegreppet flitigt. Det uttalades då att, i de fall då bolagen endast gemensamt kunde besluta i dotterbolagets angelägenheter, båda bolagen skulle anses ha ett bestämmande inflytande och således omfattas av definitionen och betraktas som moderbolag.¹⁹⁹ Ett dotterbolag kunde enligt denna ordning således ha flera moderbolag, vilka alla var skyldiga att ta upp dotterbolaget i koncernredovisningen. Detta motivuttalande kritiserades kraftigt av

¹⁹³ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 11 §*, Lexino 20013-02-01.

¹⁹⁴ Se Nerep, Samuelsson (2009), Del 1, s. 77.

¹⁹⁵ Andersson, Johansson, Skog (2014), s. 1:29.

¹⁹⁶ Sandström (2012), s. 65.

¹⁹⁷ Andersson, Johansson, Skog (2014), s. 1:29.

¹⁹⁸ SOU 1979:46 s. 11, 73.

¹⁹⁹ Prop. 1975:103 s. 279.

representanter för näringslivet som stridande mot lagtexten och ansågs dessutom olämpligt av andra skäl.²⁰⁰

Frågan togs åter igen upp till behandling av lagstiftaren genom SOU 1979:46. Kommittén prövade huruvida 50/50-bolag skulle omfattas av koncernbegreppet mot bakgrund av att koncernredovisningsreglerna och reglerna om vinstutdelning i så fall skulle tillämpas på dem.²⁰¹ Dessa regler identifierades som av störst betydelse av de regler som kunde komma att påverkas av koncernbegreppets omfång. Det framfördes därutöver av kommittén att svensk bolagspraxis inte var att låta 50/50-bolag omfattas av koncernbegreppet. Den behandling som bolagskonstellationerna fått i bolagspraxis stöddes även av Nial, vilket framfördes i motiven.

Nial anförde nämligen att negativ bestämmanderätt inte var tillräckligt, utan att ytterligare någon faktor krävdes vilken säkrade inflytandet för att ett bestämmande inflytande skulle vara för handen. Nial stödde denna slutsats bland annat på avsaknaden av praxis som definierade bestämmande inflytande i svensk rätt.²⁰² Även kommittén förordade denna linje och lyfte ett antal skäl mot att betrakta 50/50-bolag som fallande inom koncernbegreppet. En sådan ordning anfördes kunna leda till missvisande resultat. Moderföretag gavs möjlighet att ”blåsa upp” koncernens sammanlagda resultat, och då moderföretaget saknade faktiskt bestämmande inflytande över dotterbolaget ansågs detta olämpligt. Bedömningen av moderbolagets vinstutdelningsmöjligheter ansågs vidare kunna bli felaktig vid ett accepterande av 50/50-bolag som omfattade av reglerna, eftersom koncernredovisningen då riskerade att ge en felaktig bild av det fria egna kapitalet. Slutligen ansågs en sådan tillämpning av koncernbegreppet strida mot internationell koncernredovisningspraxis och riskera att låsa utvecklingen på redovisningsområdet.²⁰³ Det skäl som ansågs kvarstå för att betrakta 50/50-bolag som koncernbolag var den risk för kringgåenden av utlåningsförbuden som det kunde medföra.²⁰⁴

Kommitténs slutliga betänkande föreslog inte ett fullkomligt uteslutande av 50/50-bolag ur koncernbegreppet. Istället innefattade det en delning av begreppet, där 50/50-bolag inte skulle innefattas i koncernbegreppet avseende redovisningsreglerna eller aktiebolagslagen, men däremot vad gällde anställningsskyddslagen, studieledighetslagen och föräldraledighetslagen.²⁰⁵

²⁰⁰ Prop. 1975:103 s. 279; Nerep (2003), s. 54.

²⁰¹ SOU 1979:46 s. 11, 73.

²⁰² SOU 1979:46 s. 74.

²⁰³ SOU 1979:46 s. 74 ff.

²⁰⁴ Prop. 1979/80:143 s. 73.

²⁰⁵ SOU 1979:46 s. 12.

3.4.2 Kan ett dotterbolag ha flera moderbolag?

Daniel Stattin lyfter frågan om ett aktiebolag kan ingå i mer än en koncern åt gången.²⁰⁶ Ovan har konstaterats att så kallade 50/50-bolag inte omfattas av begreppet, utan att det krävs mer än en negativ bestämmanderätt i bolaget för att ett tillräckligt inflytande ska uppkomma för att uppfylla kriterierna i den bolagsrättsliga koncerndefinitionen. Utredningen om 50/50-bolagen tog sin utgångspunkt i koncernredovisningsreglerna, eftersom dessa ansågs vara av störst vikt för koncerndefinitionen. I enlighet med dessa regler ansågs det inte vara ändamålsenligt att möjliggöra för ett dotterbolag att ha flera moderbolag. Även Stattin konstaterar med anledning av frågan att det torde vara uteslutet för ett dotterbolag att ha flera moderbolag ur redovisningsrättslig synpunkt. Ur bolagsrättsligt perspektiv anför han dock att det inte borde föreligga något hinder för att så skulle kunna vara fallet. Denna uppdelning kommer av att de regleringarnas syfte skiljer sig åt. Bokföringsreglerna har till syfte att ge en rättvisande bild av företagens ställning, vilket blir svåruppnåeligt om flera moderbolag redovisar dotterbolaget som innefattat i dess koncern. Den bolagsrättsliga koncernrätten tar istället sikte på frågor som organisation, ansvar och skydd. Ändamål som inte nödvändigtvis utesluter att ett dotterbolag har flera moderbolag.

Sett till koncerndefinitionens uppbyggnad är rösträttsmajoritet enligt punkt 1 som nämnt ovan en tillräcklig förutsättning för koncernförhållande. Vad som händer i det fall då rösträttsmajoritet inte ger praktiskt bestämmande inflytande, utan ett annat eller till och med flera andra bolag har detta enligt något eller några av de övriga punkterna, behandlas inte i definitionen.²⁰⁷ En teoretisk möjlighet torde således föreligga för flera moderbolag att samtidigt uppfylla 1 kap. 11 § ABL och då samtliga beaktas som moderbolag till ett dotterbolag. I enlighet med vad som diskuterades i SOU 1979:46 är frågan dock om något av bolaget i så fall kan anses ha positiv bestämmanderätt eller om förhållandet i själva verket blir detsamma som i 50/50-bolag, det vill säga faller utanför koncerndefinitionen.

Den praktiska relevansen av en dylik konstellation med flera moderbolag vilka kan utöva kontroll över ett och samma dotterbolag torde vara kraftigt begränsad, men visar på påverkan av koncernintressets erkännande eller underkännande. Det visar även på sambandet mellan erkännandet av koncernintresse och ändamålet med lagstiftningen. Avsaknaden av ett erkänt koncernintresse medför att en koncern enligt lag inte är en sammanhållen enhet. Det finns således inte något som hindrar att ett bolag har flera moderbolag, även om det kan tyckas vara en krånglig konstellation. Om utgångspunkten är att det bolag som utövar kontroll för stunden är moderbolag, så förefaller detta vara den riktiga ordningen. Om koncernen istället anses vara en sammanhållen enhet, där juridik, politik och mål är sammanlänkade, torde det enbart kunna finnas ett bolag som är moderbolag. Med denna argumentation framkommer även kopplingen till lagstiftningens

²⁰⁶ Stattin (2008), s. 295

²⁰⁷ Nerep (2003), s. 55.

ändamål. Om skyddet för intressenter är det centrala, torde det vara av störst vikt att peka ut det bolag som i en enskild fråga verkat för att få en ifrågavarande åtgärd till stånd, för att kunna ålägga detta bolag eller dess ledning ansvar. Om ändamålet är att som i bokföringsrätten att ge en riktig återgivning av förhållandena i bolaget, är det av mindre vikt vem som styr det enskilda beslutet, och av större vikt vad den övergripande enheten är och var tillgångarna kan hänföras.

3.5 Kommentar till kapitlet

I det här kapitlet har diskrepansen mellan den praktiska och den juridiska synen på koncernen särskilt lyfts fram. De två teoretiska angreppsvinklarna på koncernlagstiftning som presenterats i kapitlet, enhetsteorin samt verksamhetsteorin, har en nära koppling till den historiska utveckling som skett beträffande koncerner. Det var, liksom kommenterades efter det första kapitlet, en milstolpe för näringslivet när den juridiska personen erkändes i lagstiftningssammanhang. Den associationsrätt som idag råder, vilar fortfarande på de premisser som utvecklades under 1800-talet och syftar därmed i stor mån till att ge juridisk legitimitet åt aktiebolag. Det kan härmed sägas att den fråga som koncernrätten idag står inför är av samma art som den dåvarande i förhållande till aktiebolaget, nämligen att ge koncernen juridisk legitimitet.

Det tycks finnas en stark uppfattning om att enhetsteorin enbart kan angripas utifrån att det är en i förhållande till den ekonomiska realiteten fiktiv verklighet som målas upp. Enhetsteorin rättfärdigas framförallt med argument kring den historiska nödvändigheten av aktiebolaget som enskild enhet. Här återkommer frågan som berördes i den tidigare kommentaren om betydelsen av den historiska begreppsbildningen för dagens behandling av koncernbegreppet. Som framkom i kapitel 2 har den juridiska personenens subjektivitet och väsen som skiljt från dess ägare inte betraktats som en nödvändighet historiskt. Enhetsteorin, vilken i stor del vilar på premissen att den juridiska personen nödvändigtvis är en självständig enhet, tycks därmed enligt hamna i nytt ljus. Såvida det inte anses vara en nödvändighet att den juridiska personen är ett självständigt och från delägarna skiljt subjekt, kan enhetsteorin heller inte anses vila på någon självklar grund. Frågåendet av den naturrättsliga synen på den juridiska personen som ett med dess medlemmar uppstod som en följd av det behov av rättfärdigande av det begränsade ansvaret som under 1700-talet och 1800-talet framarbetades. Det kan därmed anses finnas en diskrepans mellan vad som anses vara vedertaget på grund av historia, och vad som i historien de facto utarbetats som en följd av den samhälleliga utvecklingen. Om det ändamålsenliga ur ett samhällsperspektiv är att främja koncernbildning bör utgångspunkten således vara att koncerner ska erkännas legalt. Med detta sagt finns skäl för att inte frångå den nuvarande synen på aktiebolagsbegreppet alltför långt i viljan att erkänna koncernen som legal enhet. De intressen som föranledde den syn på aktiebolaget som råder idag föreligger även fortsatt, och en balans mellan att urholka aktiebolagets gränser respektive att legitimera koncernförhållandet bör således eftersträvas.

Huruvida lagstiftningens teoretiska bakgrund erkänner koncernintresset eller inte kan vid första anblick tyckas vara en rent akademisk fråga. I det här kapitlet har dock framkommit att ett erkännande av koncernintresset får direkt betydelse för hur koncerndefinitionen ska tillämpas, och har således praktisk relevans. Utöver vad som angetts ovan om behovet av att hålla aktiebolagets begrepp intakt är det heller inte nödvändigtvis så, att det förutsättningslöst är fördelaktigt att betrakta koncernen som en enhet ur ett rent koncernrättsligt perspektiv. Utifrån skyddsändamål finns det en poäng i att den de facto kontrollerande parten kan göras ansvarig för detta i enlighet med resonemanget som fördes 3.4.2 ovan.

Utblicken på andra rättsordningars behandling av koncernrätten ger vid handen att olika grader av koncernintresse har erkänts. Det torde därmed framkomma att det inte är nödvändigt att frångå principen om den juridiska personen som enhet fullkomligt för att möjliggöra ett erkännande av koncernen. Rozenblumdoktrinen ger en tydlig bild av vad som sker när rättstillämparen erkänner ett koncernintresse. Moderbolaget ges rätt att styra dotterbolaget i koncernens intresse men det enskilda koncernbolagets intresse tillmätts ändå vikt i bedömningen av om en nackdel innebär en pliktförsummelse. En dylik ordning torde både ta hänsyn till behovet av kontinuitet i aktiebolagsbegreppet samtidigt som koncernförhållandet legitimeras legalt.

Slutligen har det i det här kapitlet även framkommit att det legala koncernbegreppet dels vilar på en teoretisk grund som identifierar varje bolag som en självständig enhet, dels utgår från en bild av moderbolaget som styrande över dotterbolaget. Det senare illustreras av att definitionen i 1 kap. 11 § ABL förutsätter ett inflytande i dotterbolaget i sådan utsträckning att moderbolaget kan utöva kontroll och styra dotterbolaget i önskad riktning. Den här koncerndefinitionen tycks inte korrelera med enhetsteorin utan lägger grunden för att de facto erkänna förekomsten av ett koncernintresse. Med hänsyn till att definitionen härrör från ett EU-rättsligt direktiv om koncernredovisning, i vilket rättsområde koncernen i betydligt större utsträckning behandlas som enhet enligt vad som framkommit ovan, ter det sig mindre förvånande än ur bolagsrättslig synvinkel. Som kommer att framgå i följande kapitel åtföljs denna definition inte av vidare regler kring moderbolagets rätt och möjlighet till sådan styrning som i princip förutsätts enligt definitionen, eller hur styrningen ska ske. Detta är den tydligaste situationen då avsaknaden av ett erkänt koncernintresse gör sig påmint i svensk koncernrätt.

4 Moderbolagets möjlighet att styra dotterbolaget

4.1 Inledning

Koncernproblematiken består av ett antal frågor som kan sammanställas till en och samma huvudfråga. *Under vilka förutsättningar skall ett moderbolag kunna ge bindande instruktioner till ett dotterbolag att agera i koncernens övergripande intresse utan att riskera ansvar i förhållande till dotterbolagets fordringsägare och minoritetsägare?*²⁰⁸ Denna problemställning innefattar i sin tur två delar, varav den första behandlas i förevarande kapitel och den andra i nästkommande. Det som åsyftas är frågan om moderbolagets möjlighet att styra dotterbolag i koncernen respektive moderbolags ansvar för dotterbolagets förpliktelser.

Koncernbildning kan ur företagsekonomisk synvinkel i sig vara en form av styrinstrument.²⁰⁹ Koncernbildning kan exempelvis användas för att hantera agentproblematiken, genom att delar av verksamhetens förvaltning överflyttas på någon annan än moderbolaget – nämligen dotterbolagets styrelse.²¹⁰ För att koncernbildningen ska ha denna effekt krävs att moderbolaget har möjlighet att styra dotterbolaget. Kraftfull styrning från moderbolagets sida kan emellertid få negativa effekter för dotterbolagets borgenärer och eventuella minoritetsägare.²¹¹ Det här kapitlet behandlar därför moderbolagets styrningsmöjligheter enligt nuvarande lagstiftning.

4.2 Bestämmande inflytande

Det har uttryckts ovan att ett koncernförhållande föreligger då ett bolag på något sätt har bestämmande inflytande över ett annat dotterbolag. Så kan ske genom innehav av aktier och därmed följande rösträttigheter, genom avtal eller genom på annan grund faktiskt föreliggande bestämmande inflytande.²¹² Vad som innefattas i ”bestämmande inflytande” har dock inte behandlats närmre. Ställning bör därför tas till vad som inbegrips däri.²¹³

²⁰⁸ Rissanen, Jauhiainen, referat, nordiskt juristmöte. s. 73.

²⁰⁹ Stattin (2008), s. 296.

²¹⁰ Vidare om motiven bakom koncernbildning ovan i avsnitt 3.5.

²¹¹ Krüger Andersen (1997), s. 280

²¹² Se ovan avsnitt 3.3.

²¹³ Så sker i detta avsnitt då ett moderbolags rätt att, så som enligt lag definierat moderbolag i ett koncernförhållande, leda och bestämma över dotterbolagets angelägenheter per definition måste ses som nära sammanlänkat med moderbolagets möjligheter att styra dotterbolaget.

Uttrycket antyder närmast att det är fråga om att moderbolaget har rätt att utöva fullkomlig kontroll och ledning av dotterbolaget. Begreppet är inte definierat i den svenska lagtexten, och det finns således olika sätt att se på dess omfång. Enligt Gomard avgör valet av ståndpunkt ifråga om vad som innefattas i begreppet ”bestämmande inflytande” hur koncernproblematiken i stort bör betraktas. I ena fallet accepteras att det i begreppet innefattas en rätt för moderbolaget att utöva bestämmande inflytande på hela koncernen, även då så sker utanför bolagsstämman. I det andra fallet konstaterar man att någon ledningsrätt inte föreligger för moderbolaget i koncernförhållanden. Enligt Gomard måste frågan besvaras utifrån den första ståndpunkten, eftersom begreppet ”bestämmande inflytande” i annat fall vore överflödigt i koncerndefinitionen. Gomard hävdar på detta sätt att ett visst, om än begränsat, koncernintresse måste erkännas och anses existera de lege lata.²¹⁴

Till skillnad från den danska lagstiftningen används i svensk rätt uttrycket bestämmande inflytande inte uttryckligen i lagstiftningen i de första tre fallen då koncernförhållanden föreligger.²¹⁵ Det är likväl ett i doktrin och förarbeten vanligt sätt att uttrycka den grad av kontroll som krävs för att ett bolag ska anses vara moderbolag till ett annat bolag.²¹⁶ Det bestämmande inflytandet över dotterbolaget som moderbolaget genom kontroll enligt 1–3 p. får, är ett formellt inflytande på de grunder som stadgas i paragrafen. Något faktiskt, mer vittgående inflytande i dotterbolagets verksamhet än så torde således inte vara nödvändigt för att ett koncernförhållande ska anses föreligga.²¹⁷ Det bör emellertid vara så att det då koncernförhållandet grundar sig på den fjärde punkten krävs ett dylikt, mer omfattande, inflytande på verksamheten.

Bestämmande inflytande i förhållande till moderbolagets styringsmöjligheter är i svensk rätt således en fråga om en formell möjlighet att påverka dotterbolaget. Förekomsten av sådant bestämmande inflytande ger inte, och förutsätter inte, ett mer vittgående inflytande på dotterbolagets förvaltning. Det är en logisk följd av den juridiska enhetsteorin att dotterbolagets styrelse och VD är formellt avskurna från koncernens intresse. Ett moderbolag har således enligt nuvarande lagstiftning inte någon legal rätt att ge bindande instruktioner till dotterbolagets styrelse.²¹⁸ Principiellt är således frågan om moderbolagets rätt att styra dotterbolaget utifrån koncernintresset en fråga om en stark ägare och dess möjlighet att förbise minoriteter samt missgynna borgenärer.²¹⁹

²¹⁴ Gomard (1997), s. 69 f.

²¹⁵ Se ABL 1 kap. 11 § 1-3 p. samt avsnitt 3.4.

²¹⁶ Se exempelvis prop. 1995/96:10 Del II, s. 105 f; Borgström (1970), s. 19.

²¹⁷ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 11 §*, Lexino 20013-02-01.

²¹⁸ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 877.

²¹⁹ Skog, uttalande, nordiskt juristmöte, s. 74.

4.3 Styrning enligt ABL

Regleringen av det enskilda aktiebolagets organisation i ABL innefattar dels bestämmelser om den formella organisationen av bolaget, dels generella regler om bolagsorganen och deras funktioner. I svensk bolagsrätt finns som utgångspunkt fyra bolagsorgan, stämman, styrelsen, verkställande direktören och revisorerna. Behovet av särskilda bolagsorgan vilka kan företa rättshandlingar för bolagets räkning är enligt Stattin en nödvändig följd av aktiebolagets status som juridisk person.²²⁰ Dessa organ har en inbördes hierarkiskt ordnad kompetensfördelning vilken framgår av lagstiftningen, men som även grundas på allmänna associationsrättsliga principer.²²¹ Stämman har den högsta beslutsmakten, därefter styrelsen och slutligen verkställande direktör i fallande ordning. Ytterligare organ kan i praktiken skapas genom bestämmelse i bolagsordning eller på annat sätt, såvida detta tillåts av lagstiftaren. Detta förutsätter emellertid att den ovan presenterade kompetensfördelningen inte rubbas genom det nya bolagsorganet.²²² Andra organ än de i lagstiftningen föreskrivna är vanliga i koncernförhållanden, där exempelvis koncernchefen är ett vanligt förekommande organ.

En följd av något koncernintresse som utgångspunkt inte erkänns i bolagsrätten är att samma regler om anvisningsrätt och lydnadsplikt i princip gäller i förhållandet mellan moderbolag och dotterbolag, som i förhållandet mellan aktieägare och aktiebolag.²²³ Det finns med andra ord inte några särskilda koncernregler avseende hur ett moderbolags styrning av ett dotterbolag ska ske. Det finns emellertid inte heller några lagregler som uttryckligen förbjuder sådan styrning, undantaget att bolagsstämman inte får ta ifrån styrelsen eller VD dess förvaltningsbefogenheter.²²⁴

Enligt 8 kap. 41 § 2 st. har en aktieägare möjlighet att utöva inflytande på bolaget genom bolagsstämman. Genom bestämmelsen stadgas e contrario att bolagsstämman har rätt att utfärda anvisningar till bolagsstyrelsen och verkställande direktören. De underordnade organen har i sin tur lydnadsplikt i förhållande till anvisningarna. Avsaknaden av särskilda koncernregler leder följaktligen till att ett moderbolag som utgångspunkt ska utöva sin bestämmanderätt genom bolagsstämman i dotterbolaget. Instruktioner från moderbolaget ska genom beslut på bolagsstämman ges till dotterbolagets styrelse. Styrelsen har till följd av den hierarkiska uppdelningen av aktiebolagets organ en lydnadsplikt i förhållande till stämman och är således skyldig att verkställa beslutet. Lydnadsplikten gäller förutsatt att beslutet inte strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen.²²⁵ För att bindande

²²⁰ Stattin (2008), s. 81.

²²¹ Stattin (2008), s. 84.

²²² Stattin (2008), s. 84.

²²³ Se ovan avsnitt 2.3 om koncernbegreppet och enhetsteorin samt Krüger Andersen (1997), s. 191.

²²⁴ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 877.

²²⁵ 8 kap. 34 § 2 st. e contrario; Båvestam, JT Nr 2 2001/02 s. 252, s. 254.

anvisningar till ett dotterbolag ska kunna komma till stånd krävs även att vissa formkrav, såsom exempelvis protokollföring, iakttas.²²⁶

4.3.1 Begränsningar i stämmans styrningsmöjligheter

Det principiella förhållningssättet i den svenska aktiebolagsrätten beträffande det hierarkiska förhållandet mellan organen, med bolagsstämman som högsta beslutande organ, är ett uttryck för att lagstiftningen bygger på den så kallade *omnipotensdoktrinen*.²²⁷ All makt och kompetens i bolaget kan direkt eller indirekt härledas från stämman.²²⁸ Stämman är med andra ord omnipotent, allsmäktig, i bolaget. Stämman har emellertid inte möjlighet att besluta i företagets alla angelägenheter, varför beslutskompetens överförs till styrelsen, som dock agerar på uppdrag av stämman.²²⁹ Omnipotensdoktrinen anses ha uppkommit bland annat då den medför en ekonomiskt effektiv allokering av beslutsmakt i bolaget.²³⁰ Detta grundas på att aktieägarna står den primära risken i ett aktiebolag och därmed bör ha den slutliga beslutsrätten över dess verksamhet.²³¹

Stämmans rätt att besluta i företagets angelägenheter genom att lämna anvisningar till styrelsen är, omnipotensdoktrinen till trots, inte oinskränkt. Det finns, enligt Åhman, två olika former av anvisningar vilka bör skiljas åt. Dels anvisningar till styrelsen beträffande åtgärder som ligger inom stämmans exklusiva kompetensområde. Dels anvisningar som inskränker styrelsens förvaltning.²³² Nerep och Samuelsson uttrycker att "[a]ktiebolaget är en kapitalassociation och aktierätten ger möjlighet att rösta på bolagsstämman, men normalt inte någon rätt att påverka förvaltningen av bolagets angelägenheter".²³³ Hur mycket stämman kan inskränka eller överta styrelsens förvaltningsbefogenheter, det vill säga hur långtgående stämmans omnipotens är, råder det viss oklarhet om.²³⁴ Klart är att stämman inte får lämna anvisningar till styrelsen till den grad att styrelsen förlorar sin ställning som det organ som ansvarar för bolagets förvaltning.²³⁵ En anvisning som innebär detaljstyrning från stämman i alltför hög grad torde kunna vara sådan att den anses inkräkta på styrelsens förvaltningskompetens.

Stämmans omnipotens inskränks vidare av styrelsens lojalitetsplikt mot bolaget. Styrelsen och VD intar en form av sysslomannaställning i förhållande till bolaget.²³⁶ En styrelse har till uppgift att tillvarata bolagets intresse och ansvarar

²²⁶ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 876.

²²⁷ Åhman (1997), s. 720.

²²⁸ Sandström (2012), s. 176, 210.

²²⁹ Åhman (1997), s. 105, 720; Johansson (2014), s. 116; Stattin (2008), s. 114 f.

²³⁰ SOU 1995:44 s. 11, 153 f.; prop. 1997/98:99 s. 75 f.; Stattin, SvJT 2002 s. 116, s. 132.

²³¹ Stattin (2008), s. 84.

²³² Åhman (1997), s. 600 ff. samt 720 f.

²³³ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap. 3 §*, Lexino 20013-02-01.

²³⁴ Nerep (2003), s. 70.

²³⁵ Prop. 1975:103 s. 263.

²³⁶ Dotevall (1989), s. 277; prop. 1975:103 s. 540.

vid bristande uppfyllelse av detta.²³⁷ Styrelsen har härigenom en skyldighet att inte följa anvisningar som kan skada bolagets verksamhet, utan ska som sysslomän i allmänhet iaktta omsorg i fullgörandet av sitt uppdrag.²³⁸ Styrelsen lojalitetsplikt gentemot bolaget och dess skyldighet att verka för bolagets intresse väcker frågan om var gränsen för *bolagets intresse* går. Begreppet definieras inte i lagstiftning och i doktrin råder viss oklarhet. En gemensam linje är att bolagets intresse i doktrin ofta ses som synonymt med aktieägarnas intresse, vilket generellt innefattar en vinstmaximeringstanke.²³⁹ Enligt Nerep och Samuelsson måste en åtskillnad göras mellan den enskilda aktieägarens intresse och aktieägarnas gemensamma intresse, där det senare är att likställa med bolagets intresse.²⁴⁰

Avslutningsvis finns det en motsättning i den uppfattningen som dominerar i bolagsrätten om att styrelsen är mest lämpad för att tillvarata det enskilda bolagets och dess borgenärs intresse å ena sidan och att styrelsen blir bunden av eventuella beslut på bolagsstämman, såvida dessa är lagliga enligt ABL 8 kap. 41 §, å andra sidan. Det anges inte i lagstiftningen att en styrelse *enbart* ska främja det egna bolagets intresse, eller att bolagsstämman inte har rätt att ge styrelsen instruktioner i strid med det enskilda bolagets intresse. I enlighet med bolagsstämmans omnipotens anser Gomard därmed att ett moderbolag som är majoritetsaktieägare, eller till och med ensam aktieägare, i ett dotterbolag borde kunna ge bindande instruktioner direkt till styrelsen i dotterbolaget.²⁴¹ Så torde dock som framkommit inte vara fallet i svensk gällande rätt.

4.4 Styrningen i praktiken

Det är viktigt att ha i åtanke att ledningen i praktiken troligtvis är av en annan karaktär än den som förutsätts i ABL. Rodhe anför exempelvis att ledningen av ett moderbolag generellt anser sig oförhindrat att ge direkta föreskrifter till dotterbolagets förvaltningsorgan, oavsett om det sker med förbigående av dotterbolagets bolagsstämma eller till och med dess styrelse.²⁴² Den informella styrningen grundas enligt Stattin i huvudsak på några olika styrmedel. Utarbetade rutiner och manualer, processer beträffande planering och budget samt social påverkan i form av medverkan på möten och kontakter med gemensamma anställda.²⁴³ Vad gäller social påverkan framhåller även Åhman att viktiga beslut hos styrelsen gällande bolagets angelägenheter frekvent informellt förankras hos aktieägarna innan de verkställs. Härigenom kan moderbolaget ge

²³⁷ Kedner, Roos, Skog (1995), D.1, s. 260.

²³⁸ Jfr Prop. 1975:103 s. 382, 540; SOU 1941:9 s. 347 om att styrelsen inte kan tvingas genomföra dylika åtgärder.

²³⁹ Dotevall (1989), s. 360; Moberg (1998), s. 37; Krüger Andersen (1997), s. 477; Bergström, Samuelsson (2015), s. 145.

²⁴⁰ Nerep, Samuelsson (2009), s. 496.

²⁴¹ Gomard (1997), s. 56 ff.

²⁴² Rodhe (2009), s. 273 f.

²⁴³ Stattin, SvJT 1999 s. 874.

direktiv direkt till styrelsen eller VD, utan att någon formell stämmanvisning skett.²⁴⁴

Normalfallet torde med andra ord vara att moderbolaget ger instruktioner direkt till dotterbolagets styrelser samt VD och andra företagsledande organ.²⁴⁵ Dyliga instruktioner anses generellt sett ur företagsekonomisk synvinkel inte enbart vara önskvärda, utan vidare även tillhörande moderbolagets plikter.²⁴⁶ SAS-principen medför visserligen att det finns ett visst utrymme för att eftersätta formella regler om stämmans beslutsfattande. Det är dock i så fall fortfarande fråga om anvisningar lämnade av stämman, om än genom ett kraftigt förenklat förfarande. Formlös styrning i enlighet med den som i praktiken sker ryms enligt Stattin knappast inom det bolagsrättsliga regelverket.²⁴⁷

Ytterligare ett problem som uppkommer till följd av den informella styrningen är att VDs roll framhävs på styrelsens bekostnad. Så sker genom att VD har de direkta kontakterna med moderbolaget och det därför typiskt sett är till VD som moderbolagets företrädare vänder sig när de vill lämna instruktioner. Relationen mellan styrelse och VD kan till följd av detta bli lidande.²⁴⁸

4.5 Kommentar till kapitlet

Frågan om koncernintressets erkännande är nära sammanlänkad med den om moderbolagets styrning av dotterbolaget. Huruvida moderbolaget ska ha rätt att, med frångående av dotterbolagets eget intresse, driva dotterbolaget i linje med koncernens övergripande mål är kärnan av frågan om erkännandet av koncernintresset. Den svenska koncerndefinitionen innefattar inte såsom den danska ett uttryckligt krav på att moderbolaget ska ha faktiskt bestämmande inflytande i de underordnade bolagen. Följaktligen kan det inte, på så sätt som Gomard argumenterar för i dansk rätt, anses existera ett erkänt koncernintresse de lege lata enbart genom tolkning av gällande lagstiftning.

Vad som däremot kan konstateras är att den svenska koncerndefinitionen liksom den danska utgår från att moderbolaget har möjlighet att styra dotterbolaget. Det finns heller inte något förbud mot att sådan styrning sker. Moderbolag har med andra ord den negativa friheten att styra sina underordnade bolag. Det finns inte heller någon reglering av hur styrningen ska ske eller i övrigt om organisationen av koncerner och befogenheten mellan bolagsorganen. Avsaknaden av regler medför att moderbolagets styrning regleras med samma bestämmelser som fristående aktiebolag. I praktiken skiljer sig emellertid den styrning som generellt

²⁴⁴ Åhman (1997), s. 722.

²⁴⁵ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 875. Naturligtvis varierar graden av självständighet hos dotterbolaget i hög utsträckning. Det torde dock vara vanligt att moderbolag åtminstone i viss utsträckning blandar sig i dotterbolagets förvaltning, Fermentautredningen (1988), s. 183.

²⁴⁶ Dahlgren (1992), s. 60 ff. och 88 ff.

²⁴⁷ Stattin (2008), s. 310; jfr även Fermentautredningen (1988), s. 183.

²⁴⁸ Dahlgren (1992), s. 60 ff., 80 ff; Stattin SvJT 1999 s. 873, s. 875.

utövas av ett moderbolag som aktieägare och en fysisk person som aktieägare mycket åt. Inte minst åsidosätts den grund som ofta åberopas för omnipotensdoktrinen genomslag i svensk rätt, nämligen att den som står den primära risken ska ha den slutliga bestämmanderätten. Även i fristående aktiebolag tycks denna utgångspunkt vara något förenklad. Det är många aktörer som i aktiebolag löper minst lika stor risk som aktieägarna. I moderbolag blir denna premiss än mindre verklighetsförankrad. Ett av motiven till koncernbildning identifierades i avsnitt 3.2 som möjligheten att genom mycket litet kapital kontrollera underordnade bolag. Den risk som de slutliga aktieägarna står är således mycket liten, och den styrning som utövas generellt betydligt mer ingripande än i fristående aktiebolag.

Jag ansluter mig även till den kritik som Gomard anför i förhållande till styrelsens plats som det enskilt bästa organet att ta tillvara bolagets intresse. Omnipotensdoktrinen medför att stämmans kompetens är långtgående. Trots att denna kompetens inskränks i viss bemärkelse, är dessa inskränkningar inte tillräckliga för att medge ett faktiskt skydd mot missbruk. Då styrningen i praktiken sker på informellt manér, ökar risken för att andra intressenters intressen åsidosätts till förmån för majoritetsägaren.

Med anledning av de begränsningar som finns beträffande stämmans omnipotens uppkommer vidare frågan om vad som är i bolagets intresse. Bolagets intresse har enligt vad som framkommit ovan ofta likställts med aktieägarnas intresse. I helägda koncerner kan därmed argumenteras för att koncernintresset således implicit redan borde anses vara erkänt, eftersom aktieägarnas – moderbolagets – intresse torde vara detsamma som dotterbolagets intresse. Ett begränsat koncernintresse borde även föreligga i de fall då minoritetsdelägare finns med i bilden, eftersom mellan ägarna avvägt intresse ändå torde ta i beaktande moderbolagets – det vill säga koncernens – intresse i stort. Eftersom ett koncernintresse således redan i praktiken torde erkännas i viss mån, får det legala erkännandet av ett sådant intresse både större betydelse ur legitimitetssynpunkt och färre svårförutsedda implikationer.

Det är dock i anslutning till det som sagts ovan samt till kapitlet i sin helhet viktigt att komma ihåg att koncerner skiljer sig mycket åt i organisationssätt och grad av kontroll. Det finns koncerner där moderbolaget kontrollerar dotterbolaget till den grad att de senare framstår som osjälvständiga, och å andra sidan finns koncerner där kontrollen från moderbolaget är i princip obefintlig. I de fall då styrning förekommer har i det här kapitlet visats att borgenärer ställs inför större risker än i fristående aktiebolag med aktieägare som inte aktivt deltar i förvaltningen. I följande kapitel behandlas frågan om när moderbolaget ansvar för den styrning som skett.

5 Moderbolagets ansvar för dotterbolagets skulder

5.1 Inledning

Den andra sidan av koncernproblematiken gäller ansvarsfrågan. Moderbolaget svarar som huvudregel inte direkt för dotterbolagets skulder eftersom moderbolaget som aktieägare har ett begränsat ansvar i förhållande till dotterbolaget. Ansvar kan åläggas moderbolaget direkt i vissa särskilda fall. Vidare finns tillfällen då moderbolaget visserligen inte svarar direkt gentemot dotterbolagets borgenärer men ändå är indirekt ansvarig för dess skulder. Huruvida en reglering av moderbolagets ansvar bör ske har länge varit orsak till omfattande diskussion i doktrin. Det har hävdats att lagstiftarens underlåtelse att reglera frågan beror på att lagstiftaren är fokuserad på att lösa problem och missbruk som redan uppdagats, och därigenom fallerar att förekomma de problem som ännu inte är vid handen.²⁴⁹ Å andra sidan anses att ett mer vittgående ansvar för moderbolaget inte reglerats då det helt enkelt inte är nödvändigt, eftersom intressenter har ett fullgott skydd med redan existerande reglering.²⁵⁰

Frågan om moderbolagets eventuella ansvar för dotterbolagets skuld härrör ur den mer övergripande frågan om det begränsade personliga ansvaret för delägare i aktiebolag. Den historiska grunden till det begränsade ansvaret har behandlats i avsnitt 2.2 i framställningen. Klart är att det finns några undantag från huvudregeln om moderbolagets begränsade ansvar. Vid koncernförhållanden uppstår emellertid som bekant särskilda risker för borgenärer och eventuella minoritetsdelägare, vilket medför att ett ifrågasättande av om dessa regler utgör ett tillräckligt skydd är på sin plats.

Kapitlet inleds med en redogörelse för några av de teorier som finns beträffande det begränsade ansvarets betydelse ur ekonomiskt. Vidare behandlas de möjligheter som finns i bolagsrätten att ålägga moderbolaget direkt ansvar för dotterbolagets skulder.

²⁴⁹ Krüger Andersen (1997), s. 181 f.; Stattin (2008), s. 308 och där anförda arbeten.

²⁵⁰ Stattin (2008), s. 308.

5.2 Det begränsade ansvaret ur ett ekonomiskt perspektiv

Framför allt tre faktorer förklarar aktiebolagsformens framgång. Möjligheten till passivt och anonymt ägande, att ägarandelen representeras av aktien och aktieägarens begränsade ansvar.²⁵¹ Det begränsade ansvaret anses således vara v omfattande betydelse för aktiebolagets framgång och har analyserats ur ett ekonomiskt perspektiv ett flertal gånger.²⁵² Ett antal teoretiska fördelar och nackdelar med det begränsade personliga ansvaret har noterats av de ekonomer som genomfört nämnda analyser.²⁵³

Blumberg har sammanfattat fördelarna som lyfts av dessa ekonomer i åtta kategorier.²⁵⁴ De sju förstnämnda kategorierna är: minskar riskerna med ägarspridning, möjliggör storskaleverksamhet, möjliggör aktiespridning för investerare, minskar kostnader för övervakning av såväl bolagsfunktionärer som övriga aktieägare, ökar risktagandet, minskar indrivningskostnader för borgenärer samt minskar behovet av kontraktuella lösningar på ansvarsproblemet. Även Easterbrook och Fischel har efter ekonomisk analys sammanfattat fördelarna, dock i sex kategorier.²⁵⁵ Dessa överensstämmer inte till fullo med de av Blumberg presenterade, men är i huvudsak likalydande.

De återkommande och sannolikt viktigaste fördelarna torde vara följande. För det första medför det begränsade ansvaret ökade möjligheter till **kapitalanskaffning**. Investerares behov av att vara del av förvaltningen samt utöva kontroll över verksamheten minskar i och med det begränsade ansvaret. Ansvarsbegränsningen medför vidare att aktien är mycket överlåtbar. Sammantaget underlättas kapitalanskaffning, såväl genom stora summor från en stark investerare som genom stor spridning av investerare. Vidare **begränsas agentkostnader** och investerare kan diversifiera sitt kapital på fler investeringar.²⁵⁶ Denna fördel med det begränsade ansvaret har störst betydelse i stora och publika bolag, där ägande och kontroll är separerat och agentkostnaderna utan det begränsade ansvaret varit betydande.²⁵⁷ Det begränsade ansvaret möjliggör slutligen samhällsnyttig **riskfylld verksamhet**. I den historiska bakgrunden till det begränsade ansvaret påtalades att det begränsade ansvaret ansågs särskilt viktigt i järnvägsutvecklingen, då det var fråga om verksamhet med stora kapitalanskaffningskrav och därtill hög risk. Det

²⁵¹ Bergström, Samuelsson (2012), s. 48.

²⁵² Många av dessa har emellertid skett på enbart ett teoretiskt plan, där bristande kunskaper funnits om aktiebolagets begränsade ansvar i praktiken och dess historiska utveckling. Blumberg (1987), s. 65.

²⁵³ För en utförlig redogörelse, se Blumberg, (1987), s. 65–91.

²⁵⁴ Blumberg presenterar även sex teoretiska nackdelar med det begränsade ansvaret. Här fokuseras emellertid på fördelarna. Se vidare Blumberg (1987), s. 74 ff.

²⁵⁵ Easterbrook, Fischel (1991), s. 41 ff.

²⁵⁶ Jfr Blumberg (1987), s. 67 ff.

²⁵⁷ Bergström, Samuelsson (2012), s. 59.

var helt enkelt fråga om samhällsnyttig riskfylld verksamhet. Det är framförallt samhällsintresset av att möjliggöra riskfylld verksamhet som har avhållit Tyskland från att införa bestämmelser om obegränsat ansvar för dotterbolagens skulder.²⁵⁸

5.3 Skadestånd enligt ABL 29 kap. 3 §

Enligt ABL 29 kap. 3 § kan en aktieägare bli ansvarig såväl gentemot bolaget som mot direkt mot bolagets borgenärer. Paragrafen medger ersättning även för indirekta skador som orsakas bolaget eller tredje man. Reglerna i 29 kap. tar i första hand sikte på ”vanliga” aktiebolagsförhållanden, men 29 kap. 3 § är även tillämplig på koncernbolagsförhållanden.²⁵⁹ Moderbolaget kan således till följd av skadeståndsreglerna bli såväl direkt som indirekt ansvarigt för dotterbolagets skulder. Ansvar förutsätter att moderbolaget medverkat till överträdelse av ABL eller bolagsordningen och därigenom vållat en skada hos dotterbolaget eller annan. För ansvar krävs att aktieägaren, i det här fallet moderbolaget, verkat uppsåtligt eller med grov oaktsamhet.

En aktieägars ställning i bolaget skiljer sig väsentligt från den en styrelseledamot eller verkställande direktör intar. Tidigare anfördes att styrelseledamöter intar en form av sysslomannaställning i bolaget. Så är inte fallet för aktieägaren. En aktieägare har inte någon vårdplikt eller lojalitetsplikt gentemot bolaget och behöver inte medverka på stämman. Aktieägaren är vidare inte skyldig att agera positivt i bolagets intresse, utan har i princip full frihet att agera i sitt eget intresse.²⁶⁰ Gynnande av det egna ekonomiska intresset får ske även på bolagets bekostnad, utan att aktieägaren behöver stå till svars därför.²⁶¹ Skadeståndsregleringen i ABL 29 kap. 3 § begränsar denna annars långtgående frihet, men enbart ett tillvaratagande av sina egna intressen kan inte medföra ansvar för moderbolaget som aktieägare.²⁶² Aktieägaren är vidare inte skyldig att sätta sig in de frågor som behandlas på stämman. En aktieägare som röstar för ett förslag som sedermera medför skada för bolaget, är således som utgångspunkt inte skadeståndsansvarig på grund av oaktsamhet.²⁶³

Normalt blir aktieägaren inte ens vid uppsåt eller grov vårdslöshet skadeståndsansvarig då han på medverkat till ett beslut om en affärsmässigt olämplig transaktion.²⁶⁴ Ett exempel på när skadeståndsskyldighet däremot kan bli aktuellt kan tänkas vara då aktieägare deltar i beslut om att fastställa en

²⁵⁸ Moberg (1998), s. 41.

²⁵⁹ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 880.

²⁶⁰ Se ABL 29 kap 3 § *e contrario* samt prop. 1975:103 s. 541.

²⁶¹ Ur ett internationellt perspektiv kan det jämföras med den engelska ”Duty of Fair Dealing of Controlling Shareholders” och de tyska aktieägarnas ”Treupflicht”, Krüger Andersen (1997), s. 192 f.

²⁶² Dotevall (2015), s. 217.

²⁶³ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap. 3 §*, Lexino 2013-02-01.

²⁶⁴ Andersson, Johansson, Skog, *Aktiebolagslag (1 jan. 2015, Zeteo)*, kommentar till 29 kap. 3 §.

oriktig balansräkning och utdelning av vinstmedel som inte är utdelningsbara.²⁶⁵ Vidare kan ett uppsåtligt eller grovt oaktsamt åsidosättande av generalklausulerna i 7 kap. 47 § respektive 8 kap. 41 § föranleda skadeståndsansvar. Värt att notera är att även en aktieägare som ”medverka[r] till överträdelse” enligt lagtexten kan bli skadeståndsskyldig. I detta uttryck innefattas bland annat att medverka skett då ett beslut medfört skada för bolaget eller annan aktieägare och detta beslut fattats efter att en aktieägare påverkat eller utövat inflytande på exempelvis styrelsen eller den verkställande direktören i syfte att få till stånd detta beslut.²⁶⁶

5.3.1 Överträdelse av generalklausulerna

De bägge generalklausulerna är i stort sett likalydande men riktar sig till olika organ, 7 kap. 47 § mot bolagsstämman respektive 8 kap. 41 § mot styrelse och andra ställföreträdare. Klausulerna stadgar att beslut som är ägnade att ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare inte är tillåtna. Skyddet som åstadkoms genom tillämpning av generalklausulerna är lämnat åt domstolarna att utveckla genom rättstillämpning. Det har visats att domstolarna är försiktiga med att gripa in i sådana situationer,²⁶⁷ vilket förvisso ligger i linje med förarbetsuttalanden om klausulerna.²⁶⁸ Den restriktiva tillämpningen av generalklausulerna får dock även indirekt betydelse för tillämpningen av skadeståndsansvaret i 29 kap 3 §.²⁶⁹

För tillämpning av 8 kap. 41 § på moderbolaget som aktieägare är det av betydelse att det som nämnt ovan är accepterat i svensk rätt att moderbolaget utövar inflytande på dotterbolagets förvaltning. Ett sådant inflytande är inte begränsat till de tillfällen då det leder till positiva effekter för dotterbolaget. Det kan även accepteras att det utövade inflytandet leder till förlust för dotterbolaget, såvida det inte samtidigt leder till en otillbörlig fördel för moderbolaget.²⁷⁰ Påverkan på styrelsen från moderbolaget vilket leder till nackdel för dotterbolaget strider således endast mot 8 kap. 41 § såvida moderbolaget även får en otillbörlig fördel. Moderbolaget är dessutom enbart skadeståndsskyldigt om överträdelsen skett till följd av grov oaktsamhet eller uppsåt. Vad som är att betrakta som en otillbörlig fördel är därtill en omdiskuterad fråga. En åtgärd som är företagsekonomiskt riktig eller försvarlig ska exempelvis enligt motiven inte betecknas som otillbörlig.²⁷¹ Så gäller även då en åtgärd är i bolagets intresse.²⁷² Det senare väcker en fråga om när en åtgärd inte är i bolagets intresse, då bolaget är helägt och åtgärden är i moderbolagets intresse. I enlighet med diskussionen

²⁶⁵ Kedner, Roos (1991), D.2, s. 360.

²⁶⁶ Rodhe (2009), s. 231; Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap. 3 §*, Lexino 20013-02-01.

²⁶⁷ Jfr Andersson, JT Nr 2 2000/01 s. 395; Dotevall (2015), s. 127.

²⁶⁸ Prop. 1973:93 s. 137.

²⁶⁹ Dotevall (2015), s. 127.

²⁷⁰ Dotevall (2015), s. 127.

²⁷¹ Prop. 1973:93 s. 137.

²⁷² Jfr Kedner, Roos (1991), D.1., s. 217.

ovan torde nämligen aktieägarnas kollektiva intresse vara att likställa med bolagets intresse.

NJA 2000 s. 404 ger viss ledning i frågan om vad som kan vara att betrakta som en otillbörlig fördel för moderbolaget i egenskap av majoritetsdelägare. I fallet förde en minoritetsdelägare talan mot styrelsen, med dåvarande generalklausulen i 8 kap. 13 § 1 st. som grund.²⁷³ Av rättsfallet framgår att ett bolagsstämmobeslut som innebär att verksamhetsföremålet i bolagsordningen överträds och som är uppenbart i strid med verksamhetens syfte enligt ABL 3 kap. 3 § medför att den fördel en aktieägare får genom beslutet är att betrakta som otillbörlig.²⁷⁴ En åtgärd som medför att bolaget inte längre kan driva sin verksamhet vidare strider enligt praxis mot verksamhetsföremålet i bolagsordningen.²⁷⁵ Följaktligen strider en sådan åtgärd, i enlighet med vad som framkommit i NJA 2000 s. 404, även mot generalklausulerna och kan således läggas till grund för ett skadeståndsansvar enligt ABL 29 kap.

5.3.2 Tillämpning av 29 kap. 3 § på moderbolaget

Sammanfattningsvis kan konstateras att tillämpningsområdet för 29 kap. 3 § är begränsat, vilket blir särskilt tydligt vid en jämförelse med 29 kap. 1 §. En instruktion från moderbolaget till något av dotterbolagets förvaltningsorgan, som förvisso kan vara tveksam, kommer inte alltid att leda till en överträdelse av ABL eller bolagsordning på så sätt som krävs för att aktualisera skadeståndsansvar. Därtill är de subjektiva rekvisiten i paragrafen högt ställda, vilket ytterligare inskränker dess tillämpningsområde. Paragrafen tar med andra ord sikte på vanliga aktieägare, vilka ofta inte följer verksamheten i bolaget i alltför stor omfattning.²⁷⁶ Denna uppdelning mellan ägande och kontroll är dock inte lika stark i koncernförhållandet, där moderbolaget ofta intar en aktiv roll i dotterbolagets förvaltning.

²⁷³ Bakgrunden var följande. Verksamheten i ett bolag flyttades över till ett av majoritetsaktieägaren helägt dotterbolag. Verksamhetsöverlåtelsen skedde med avsikt att verksamheten i fortsättningen skulle bedrivas i det förvärvande bolaget, och att verksamheten i det överlåtande bolaget skulle upphöra. Tillgångarna överfördes enligt balansräkningen mot att det övertagande bolaget åtog sig betalningsansvar för det överlåtande bolagets skulder enligt denna. Däribland överfördes flyglinjerättigheter, vilka saknade bokfört värde, till det övertagande bolaget. Rättigheterna såldes sedermera vidare till en utomstående part för 2 miljoner kronor. Minoritetsaktieägarens aktier i det överlåtande bolaget blev omöjliga att avyttra, då det enda som kvarstod i bolaget var aktiekapitalet om 50 000 kronor. Överlåtelsen befanns av HD vara en överträdelse av den aktiebolagsrättsliga generalklausulen eftersom den stred mot verksamhetsföremålet i bolagsordningen. Verksamhetsföremålet var att bedriva bruksflyg, vilket bolaget efter överföringen inte kunde göra. Skadeståndsskyldighet inträdde följaktligen för styrelseledamöterna i det överlåtande bolaget.

²⁷⁴ Prop. 1973:93 s. 137, Dotevall (1989), s. 170 f.

²⁷⁵ Jfr de i fallet refererade rättsfallen NJA 1924 s. 186, NJA 1967 s. 313 samt Åhman (1997), s. 713 ff.

²⁷⁶ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 881; SOU 1941:9 s. 644.

5.3.3 Moderbolagets ansvar i förhållande till dotterbolagets styrelse

Dotterbolagets lednings ansvar till följd av att de genom att följa instruktioner från moderbolaget orsakat skada är nära sammanlänkat med moderbolagets styrningsmöjligheter av dotterbolaget.²⁷⁷ Liksom uttrycktes vad gäller den begränsade anvisningsrätten innebär avsaknaden av koncernintresse att dotterbolagets ledning inte kan åberopa instruktioner från moderbolaget med befriande verkan från deras eventuella skadeståndsansvar. Dotterbolagets följande av instruktionerna sker således på eget ansvar för styrelsen.²⁷⁸ I föregående kapitel angavs att styrelsen intog en sysslomannaställning i förhållande till aktieägarna. Detta ansvar som styrelsen verkar inför trots instruktioner avviker från som gäller sysslomannaskap generellt eftersom plikten att följa huvudmannens instruktioner i andra fall i princip torde vara absolut och ansvarsbefriande.²⁷⁹

Tydliga instruktioner vilka styrelsen följt och som sedermera orsakat skada för bolaget kan dock ha viss indirekt betydelse för styrelsens ansvar. Det är för det första otroligt att majoritetsdelägaren väcker en skadeståndstalan till följd av en skada som orsakats av att dennes instruktioner följts. Det hindrar dock inte minoritetsdelägare och borgenärer från att väcka en talan mot dotterbolagets styrelse. Eventuella instruktioner kan även ha betydelse för dotterbolagets styrelse genom att jämningsregeln i 21 kap. 4 § ABL kan bli tillämplig, samt att styrelseledamöterna kan få en regressrätt till moderbolaget.²⁸⁰

5.4 Shadow Director

I engelsk rätt har ett särskilt institut utvecklats för de fall då någon utövar bestämmande inflytande i ett bolag, och således styr dess förehavanden, utan att vara styrelseledamot, vare sig formellt eller faktiskt. Detta institut har fått benämningen *Shadow Director*.²⁸¹ Det finns, såväl i doktrin som i viss mån i praxis, ett visst stöd för att institutet ska anses finnas även i svensk rätt. Institutets plats i svensk rätt har främst diskuterats med anledning av frågan om bristtäckningsansvar vid olovlig vinstutdelning, men även med innebörden att 29 kap. 1 § med anledning av principerna kan tillämpas direkt på moderbolaget.²⁸² En sådan ordning undandrar de särskilda problem med begränsningarna i 29 kap. 3 § som uppmärksammats ovan och kan anses vara mer lämpligt på relationen i koncerner där moderbolaget har en stor inblandning i dotterbolagets förvaltning.

²⁷⁷ Se Rissanen, Jauhiainen, referat, nordiskt juristmöte. s. 73.

²⁷⁸ Prop. 1975:103 s. 540.

²⁷⁹ Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap 1 §*, Lexino 2015-09-22.

²⁸⁰ För vidare läsning se Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 881.

²⁸¹ Stattin (2008), s. 413.

²⁸² Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 882.

Åsikterna i doktrin går emellertid isär om detta sätt att tillämpa ansvarsregeln i 29 kap. analogt.²⁸³

I **NJA 1997 s. 418** uttrycks i HDs domskäl att den som framstår som den de facto bestämmande i bolaget bör jämföras med en person med organställning vid tillämpning av dåvarande ABL 15 kap. 1–3 §§, även om personen inte formellt ingår i något bolagsorgan. Fallet handlade inte om skadeståndsansvar enligt ABL 29 kap. utan om en vinstutdelningsfråga och huruvida en analogisk tillämpning av dåvarande ABL 12 kap. 5 § 2 st. var möjlig. Uttalandet görs obiter dictum vilket medför att dess betydelse för tolkningen av gällande rätt begränsas.²⁸⁴

Mot att tillämpa ABL 29 kap. analogt har anförts att skadestandsreglerna i ABL är av sanktionande karaktär, vilket traditionellt innebär att en restriktiv syn på analogier bör anläggas. En sådan restriktivitet har sin grund i förutsebarhets- och rättssäkerhetsaspekter. Stattin anför att då det redan i vissa fall kan anläggas ett ansvar enligt HB torde ansvaret inte vara särskilt överraskande. Vidare anförts att relativ enighet föreligger beträffande att en analogisk tillämpning av ABL 29 kap. grundar ett de facto director-institut. Till följd av detta anser Stattin därför att förutsebarhets- och rättssäkerhetsproblemet som kan uppstå genom en analogisk tillämpning av skadestandsregeln understiger de fördelar som uppkommer.²⁸⁵

Frågan om Shadow Director-institutets betydelse för moderbolagets ansvar vilar även på vem som kan betraktas som Shadow Director. Vid ett antagande om att Shadow Director-institutet kan tillämpas på skadeståndsansvaret i ABL 29 kap. 1 § bör något därför sägas om hur ett sådant ansvar aktualiseras och vem som träffas av det. För att kunna hållas ansvarig som Shadow Director krävs att anvisningar har lämnats av en person som därigenom har styrt bolaget. Det inflytande som personen i fråga måste närmare bestämt kunna jämföras med det som tillkommer en person i organställning.²⁸⁶ I engelsk rätt kan denna person utgöras av såväl juridisk som fysisk person. Utgångspunkten i svensk rätt är dock en annan. Det förutsätts traditionellt i svensk rätt att styrelseledamöter är fysiska personer. Detta följer enligt aktiebolagskommittén naturligt av att styrelseledamotskap bygger på aktieägarnas förtroende att enbart fysiska personer kan komma ifråga.²⁸⁷ Huruvida detta argument ska medföra att

²⁸³ Jfr Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 882 ff; Åhman (1997), s. 383; Dotevall (1989), s. 84 f.

Dotevall förespråkar en tillämpning av sysslomannaansvaret i HB 18 kap. 3 §. Sysslomannaansvar kräver att ett uppdragsförhållande föreligger. Det torde dock vara långsökt att betrakta moderbolagets styrning av dotterbolag som en följd av ett avtalat uppdrag, varför sysslomannareglerna inte kommer att utvecklas närmre här.

²⁸⁴ Angående värdet av obiter dicta, se vidare Lehrberg, s. 170 f.

²⁸⁵ De facto director-institutet anger att de facto styrelseledamöter ska betraktas som jämställda med de jure styrelseledamöter. Institutet kommer inte att behandlas närmre i den här framställningen. För en utförligare beskrivning hänvisas till Stattin (2008), s. 407 ff.

²⁸⁶ <http://bertlehrberg.se/artiklar/aktieagares-ansvar-for-informella-direktiv/>. (Hämtad 2016-04-28)

²⁸⁷ SOU 1995:44 s. 196.

juridiska personer inte kan komma ifråga som Shadow Directors råder oenighet om i doktrin.²⁸⁸

Vidare är styrningsformen som utnyttjas av moderbolaget av betydelse, då ansvar som Shadow Director förutsätter styrning av bolaget, det vill säga att anvisningar i någon form har lämnats vilka har efterföljts av bolaget. I engelsk rätt krävs att ”directions or instructions” har lämnats till bolaget och att styrelsen har varit ”accustomed to act” enligt dessa anvisningar.²⁸⁹ Även enligt svensk rätt torde aktivt anvisande beträffande dotterbolagets verksamhet krävas, inte minst då det är svårt att visa hur påverkan skett på bolagets styrning vid mer löst uttryckta åsikter om styrningen.²⁹⁰ För att styrelsen i tillräcklig mån ska anses efterfölja anvisningarna krävs att det inte enbart är fråga om någon enstaka handling, utan att ett mönster av följsamhet etableras mellan styrelsen och moderbolaget som Shadow Director.

5.5 Ansvarsgenombrott

Utöver det direkta ansvar som aktieägare kan bli skyldiga bolaget enligt ABL 29 kap. har ytterligare ett undantag för grundprincipen om aktieägarnas begränsade ansvar diskuterats frekvent i doktrin sedan mitten av 1900-talet.²⁹¹ Den eventuella möjligheten till ansvarsgenombrott har präglat diskussionen om koncernproblematiken och ofta varit i centrum för resonemang kring huruvida lagstiftning på koncernrättens område är nödvändig.²⁹² Bakom frågan om ansvarsgenombrott står antagandet om att fullkomlig ansvarsfrihet för aktieägare kan resultera i ett överdrivet risktagande. För att balansera de intressen som finns i aktiebolaget åläggs aktieägare ansvar för bolagets förpliktelser.²⁹³

Det finns inte någon lagstadgad regel om ansvarsgenombrott, men principen därom har tidigare ansetts ha utvecklats i rättspraxis. Det finns ett antal rättsfall där frågan om moderbolags ansvar för dotterbolags skulder diskuterats och även ett flertal förarbeten uttrycker sig i termer av ansvarsgenombrottsfrågor.²⁹⁴ Motsvarigheter till en princip om ansvarsgenombrott finns i de flesta länder för att lindra oönskade effekter av det begränsade personliga ansvaret i aktiebolag.²⁹⁵ Huruvida någon ansvarsgenombrottsprincip de facto föreligger i svensk rätt är dock fortfarande en omdiskuterad fråga. Fram till nyligen har det varit en vanligt förekommande ståndpunkt att en sådan oskriven regel existerar även i svensk rätt, även om den inte delats av samtlig doktrin.²⁹⁶ HD har dock i ett nyligen publicerat fall, NJA 2014 s. 877, behandlat frågan och då på ett förhållandevis

²⁸⁸ Jfr Svernlöv (2007), s. 183; Stattin (2008), s. 417.

²⁸⁹ Sec. 251 Companies Act 2006.

²⁹⁰ Stattin (2008), s. 418 f.

²⁹¹ Stattin, SvJT 1999 s. 873, s. 878.

²⁹² Jfr referat, nordiskt juristmöte.

²⁹³ Moberg (1998), s. 44.

²⁹⁴ Se exempelvis SOU 1987:59 s. 51 ff. och prop. 2004/05:85 s. 206.

²⁹⁵ Dotevall (2015), s. 104 f.

²⁹⁶ Adestam, Ny Juridik 2:15 s. 8.

nytt sätt. Frågan om ansvarsgenombrottets plats i svensk rätt är därmed åter aktuell att diskutera, och särskilt vad gäller frågan om dess betydelse för synen på koncernrätten. I följande avsnitt kommer ansvarsgenombrottsprincipen att behandlas närmre. De rättsfall²⁹⁷ där principen anses ha utvecklats samt det ovan nämnda rättsfallet presenteras för att möjliggöra en analys av förekomsten av en ansvarsgenombrottsprincip i svensk rätt och dess betydelse för koncernrätten.²⁹⁸

NJA 1947 s. 647 har av en del betraktats som det första ansvarsgenombrottsfallet i svensk rätt.²⁹⁹ Omständigheterna var sådana att några kraftverksägare hade bildat ett gemensamt aktiebolag för att låta bolaget förvärva en damm och därigenom skulle vissa vattenregleringsmöjligheter kunna utnyttjas. Regleringsverksamheten sköttes på så sätt att en utomobligatorisk skada på angränsande mark och annan egendom uppkom. Då bolaget inte kunde betala ersättning för skadorna riktades ersättningsanspråk mot aktieägarna. HD fann att aktieägarna skulle svara solidariskt för ersättningen. Bolaget ansågs kunna kategoriseras som aktieägarnas gemensamma verkställighetsorgan vilket inte utövade någon självständig verksamhet. Vidare utgjorde aktiekapitalet 30 000 kronor och kostnaderna för dammens skötsel och underhåll bestreds genom tillskott av aktieägarna i den mån aktiekapitalet inte tagits i anspråk. Med hänsyn härtill och ”omständigheterna i övrigt” skulle ägarna enligt HD ersätta de skadelidande.

NJA 1975 s. 45 gällde två bolag, Holmenbolaget och Bilbolaget, som i praktiken ägdes och behärskades av en person. Det var således fråga om ett så kallat oäkta koncernförhållande, där en fysisk person är ensam ägare till två systerbolag. Holmenbolaget bedrev enligt avtal sin rörelse i kommission för Bilbolaget. Holmenbolaget gick sedermera i konkurs varvid, varpå konkursboet yrkade att Bilbolaget skulle befinnas skyldigt att svara för samtliga skulder som uppkommit i Holmenbolagets rörelse. HD anförde att ett betalningsansvar för Bilbolaget inte kunde grundas enbart på att Holmenbolagets verksamhet bedrivits uteslutande i Bilbolagets intresse eller i övrigt på den personella gemenskapen mellan bolagen. HD ansåg dock att rättsförhållandet mellan Bilbolaget och Holmenbolaget avvikit i betydande mån från ett vanligt kommissionärsförhållande och att Bilbolaget med hänsyn till dess ställning i Holmenbolaget skulle betraktas som den egentliga rörelseidkaren, eller åtminstone som en i så hög grad medverkande part i verksamheten att bolaget

²⁹⁷ Alla rättsfall som behandlar ansvarsgenombrottsprinciper i någon mån kommer inte att redogöras för, utan ett urval har gjorts av de som framstått som av störst betydelse för utvecklingen. Andra rättsfall som i doktrin betraktats som ansvarsgenombrotts fall är bl.a. NJA 1942 s. 473. Även i NJA 1982 s. 244 behandlade underrättsdomarna frågan om ansvarsgenombrott, HD avgjorde dock målet på annan grund. Frågan har vidare varit uppe till bedömning i några hovrättsfall vilka inte presenteras närmre här, se exempelvis T 205/86 och T 200776/87.

²⁹⁸ De tidigare rättsfallen som i doktrin har tolkats som ansvarsgenombrottsfall rör inte aktiebolag utan ekonomiska föreningar. Dessa har dock betydelse för utvecklingen av den omdiskuterade principen och kommer därför att redogöras för här.

²⁹⁹ I viss doktrin betraktas NJA 1935 s. 81 som det första fallet om ansvarsgenombrott. För en sammanfattad beskrivning av fallet och åsikterna i doktrin beträffande det, se Moberg (1998), s. 58 ff.

svarade för rörelseförpliktelseerna. Bilbolaget ansågs således inte skyldigt att svara för Holmenbolagets skulder, utan HD fann att Bilbolaget skulle svara för Holmenbolagets verksamhet då denna var så pass osjälvständig att Bilbolaget var att betrakta som den egentliga rörelseidkaren.

Ett något senare rättsfall som uppmärksammats i doktrin som ett ansvarsgenombrottsfall är **NJA 1992 s. 375**. I målet yrkade Svenska Handelsbanken att Varbergs kommun skulle ersätta fordringar de hade på Leklandsbolaget och anförde dels utfärdade "letters of intent" dels ansvarsgenombrott som grunder för yrkandet. Omständigheterna var följande. Kommunen avsåg att anlägga ett så kallat lekland och inledde samtal om detta med ett antal privatpersoner. Varbergs kommun utarbetade med anledning av dessa planer stiftelsen Sol och Bad. Stiftelsen tecknade tillsammans med privata intressenter aktier i Leklandsbolaget. Även ett annat bolag, Himlebolaget, bildades med anknytning till projektet, i vilket stiftelsen förvärvade 55 procent av aktierna. Himlebolaget blev i samband med detta moderbolag till Leklandsbolaget. Svenska Handelsbanken beviljade krediter till bolagen i flera omgångar och kommunstyrelsen utfärdade "letters of intent" till banken. Leklandsbolaget och Himlebolaget försattes kort efter utfärdandet av nämnda "letters of intent" i konkurs, varmed Svenska Handelsbanken krävde ersättning från kommunen. Domstolarna ansåg inte att kommunen var ersättningskyldig med "letters of intent" som grund. Förekomsten av dem fick istället betydelse i bedömningen av ansvarsgenombrott på annan grund. Banken ansågs av HD ha varit medveten om bolagens ekonomiska förhållanden, vilket var varför banken krävde "letters of intent". HD bedömde att Himlebolaget varit underkapitaliserat, saknat självständigt affärsmässigt syfte och att kommunen utövat ett reellt inflytande över bolaget. Trots att omständigheterna i fallet ansågs utgöra skäl för att föranleda en bedömning av kommunens betalningsansvar, medförde alltså borgenärernas medvetenhet att HD inte dömde till ansvarsgenombrott.

MÖD 2013:28 handlade om huruvida saneringsansvar för en förorenad damm kunde åläggas moderbolaget (Proton Industries) till det dotterbolag (Proton Finishing) som bedrivit verksamheten som föranlett skadan. Moderbolaget hade sammantaget lämnat drygt 43 miljoner kronor i koncernbidrag till dotterbolaget under åren 2002–2007. Mark- och miljööverdomstolen behandlade såväl frågan om ansvarsgenombrott som den om moderbolaget kunde betraktas som verksamhetsutövare, och avgjorde målet på den sistnämnda grunden.

I **RH 2011:24** dömde hovrätten till kärandens fördel och ålade två styrelseledamöter personligt betalningsansvar för bolagets skuld. Avgörandet överklagades men prövningstillstånd meddelades inte av HD. Omständigheterna i fallet var följande. Svenska Produktbaser AB, med en ensam styrelseledamot, försattes i konkurs. Konkursförvaltaren överlät den eventuella rätten till skadestånd mot denna styrelseledamot till ett aktiebolag, Punctuator AB (bolaget). Bolaget drevs av två styrelseledamöter, först den ene, sedan den andre, med ett aktiekapital om 100 000 kronor. Bolaget bedrev inte någon annan verksamhet än att föra skadeståndsprocessen. Bolaget förlorade processen och ålades att betala rättegångskostnader på över en halv miljon kronor i ersättning. Bolaget försattes därefter i konkurs utan några tillgångar och det har inte varit

möjligt att utröna vem som varit ägare till bolaget. Styrelseledamoten i Svenska Produktbaser AB, som således vann skadeståndprocessen mot bolaget, yrkade att de två styrelseledamöterna i bolaget skulle åläggas personligt betalningsansvar enligt principerna om ansvarsgenombrott. Han anförde även att styrelseledamöterna missbrukat det aktiebolagsrättsliga skyddssystemet och att de genom utnyttjandet av bolaget tvingat honom in i en kostsam process vari han saknade möjlighet att få betalt på sina anspråk på rättegångskostnader.

5.5.1 Kommentarer i doktrin och förarbeten³⁰⁰

Utfallen som presenterats ovan har legat till grund för omfattande behandling i doktrin.³⁰¹ De har motiverats med tillämpning av olika modeller. Dels finns de som anser att praxis grundar en oskriven associationsrättslig princip, dels anför en del att det är andra principer än en om ansvarsgenombrott som lägger grunden för utfallen där aktieägare ådömts ansvar.

Den doktrin som anser att ansvarsgenombrott är en särskild associationsrättslig princip har utgått från ovanstående rättsfall och utifrån dessa identifierat ett antal återkommande rekvisit, vilka ansetts bilda den anförda regeln.³⁰² De moment som vanligtvis framförs är: att bolaget varit på obestånd, underkapitalisering, osjälvständighet och i vissa fall otillbörlighet.³⁰³

Som nämnt finns även motsatt åsikt representerad i doktrin, där förekomsten av en oskriven ansvarsgenombrottsprincip avvisas. De rättsfall som generellt åberopas som ansvarsgenombrottsfall har då förklarats med alternativa teorier. Särskilt kan nämnas att Lindskog ansett att ett flertal av rättsfallen som presenterats ovan kunnat förklaras med principer om namnlån. Det vill säga att aktieägaren handlat för egen räkning i bolagets namn.³⁰⁴ Svensson har ansett att en regel om betalningsansvar vid drivande av rörelse förklarar utfallet i en del av fallen, samt att allmänna skadeståndsrättsliga regler om principalansvar förklarar utgången i NJA 1947 s. 647. Ett flertal olika teorier har presenterats med den sammantagna betydelsen att ansvarsgenombrott inte ska anses ha utvecklats som en särskild rättsfigur, utan att fallen kan förklaras med regler inom bland annat mellanmansrätt, miljö rätt och skadeståndsrätt.³⁰⁵

Förekomsten av ansvarsgenombrott har även behandlats i ett antal förarbeten. Frågan utreddes av den så kallade Betalningsansvarskommittén på 1980-talet,

³⁰⁰ Här behandlas uttalandena summariskt. För en djupgående genomgång se Moberg (1998), s. 58 ff.

³⁰¹ Se bland annat Rodhe (1984), s. 481 ff; Hellner (1964), s. 166; Johansson (2014), s. 249 ff; Moberg (1998), s. 58 ff; samt Lindskog, JT Nr 1 1990/91, s. 15, s. 46 ff.

³⁰² Moberg (1998), s. 81 f.

³⁰³ Sandström, *Analys Infotorg*, den 6 september 2013; se SOU 1987:59 s. 55 ff. för en genomgång av ett flertal av de författare som uttryckt sig beträffande ansvarsgenombrott i litteraturen.

³⁰⁴ Lindskog, JT Nr 1 1990/91, s. 15, s. 47 not 116, s. 48.

³⁰⁵ Sandström, *Analys Infotorg*, den 6 september 2013

och sedermera av Aktiebolagskommittén inom ramen för arbetet med ABL.³⁰⁶ Betalningsansvarskommittén konstaterade att frihetens från personligt ansvar var det som berättigade aktiebolagsformen och att en generell regel om ansvarsgenombrott skulle inskränka detta. Ett antal exempel på tillfällen då borgenärens intressen åsidosatts på ett icke godtagbart sätt redogjordes för och konstaterade således att behov fanns av att stärka skyddet för borgenärer. Det ansågs dock inte nödvändigtvis behöva ske med en ansvarsgenombrottsregel. Det slutliga förslaget innehöll en regel om ansvarsgenombrott, vilken främst förklarades med rättssäkerhetsskäl.³⁰⁷ Förslaget fick mycket kritik särskilt från lagrådet och genomfördes inte.³⁰⁸ Istället fortsatte utredningen genom Aktiebolagskommitténs arbete.³⁰⁹ Aktiebolagskommittén lutade sig på den praxis som utvecklats och anförde bland annat att den skärpning som skett därigenom samt genom annan lagstiftning minskade behovet av en uttrycklig ansvarsgenombrottsregel. Vidare ansågs det svårt att motivera en sådan regel då förhållandena i de aktiebolag som skulle träffas av regeln var skiftande. Det skulle således krävas en mycket generell regel.³¹⁰

5.5.2 NJA 2014 s. 877

Även NJA 2014 s. 877 handlar, liksom RH 2011:24, om ett så kallat processbolag. HD behandlade i rättsfallet frågan om förekomsten av en ansvarsgenombrottsprincip i svensk rätt och det var därmed ett efterlängtat mål ur rättsvetenskaplig synvinkel. Utfallet har emellertid inte ansetts ligga i linje med vad som tidigare antagits om ansvarsgenombrott i doktrin. Omständigheterna var följande. Det var fråga om två privatpersoner, A och B, som var ägare till var sin koncern. Efter att ett antal yrkade skatteavdrag underkänts av domstol gick bolagen i koncernerna i konkurs. Konkursbona inledde en skadeståndstalan mot det bolag, C, som bistått med skatterådgivning. Talan i skadeståndsmålet överläts sedan till ett aktiebolag, processbolaget, vilket ägdes av A och B. A och B förvärvade bolaget som ett lagerbolag. Aktiekapitalet uppgick till 100 000 kronor. Den enda verksamheten som kom att bedrivas i processbolaget var skadeståndsprocessen mot C. Bolaget hade inte några anställda. Talan mot C ogillades och processbolaget förpliktigades att ersätta C:s rättegångskostnader med strax över tre miljoner kronor. Bolaget försattes i konkurs på egen begäran efter processen. C fick inte någon ersättning för rättegångskostnaderna från bolaget och krävde ersättning av A och B för dessa kostnader, med ”principen om ansvarsgenombrott” som grund för sin talan.

Underrätterna bedömde målet i linje med den ståndpunkt som motiverade utgången i RH 2011:24. Tingsrätten konstaterade att borgenärerna inte alltid ansetts få ett tillfredsställande skydd av kapitalskyddsreglerna i ABL och att aktieägare därför enligt rättspraxis i undantagsfall ålagts personligt

³⁰⁶ SOU 1987:59; SOU 2001:1.

³⁰⁷ SOU 1987:59 s. 95.

³⁰⁸ Prop. 1990/91:198 s. 42.

³⁰⁹ SOU 2001:1 s. 285.

³¹⁰ SOU 2001:1 s. 286 ff.

betalningsansvar för bolagets förpliktelser. Vidare uttalades att "[o]mständigheter som kan motivera ansvarsgenombrott är att bolaget inte haft något självständigt affärsmässigt syfte, inte haft någon självständig förvaltning och att det har varit underkapitaliserat i förhållande till sin verksamhet".³¹¹ Hovrätten instämde i tingsrättens bedömning.³¹² HD meddelade prövningstillstånd beträffande frågan om A:s och B:s ersättningsskyldighet enligt principerna om ansvarsgenombrott.³¹³

Högsta domstolen inleder domskälen med en kort genomgång av rättsläget. Inledningsvis fastställs att friheten från personligt betalningsansvar för aktieägare regleras i 1 kap. 3 § ABL och balanseras av skyddsbestämmelser för borgenärerna. HD går vidare genom de uttalanden som skett i propositionen till aktiebolagslagen där införandet av en regel om ansvarsgenombrott diskuterats och avfärdats. Utifrån denna genomgång och till följd av den generellt avfattade regeln 1 kap. 3 § ABL följer ett principiellt resonemang om förutsättningarna för ansvarsgenombrott. HD konstaterar att de uttalanden som skett i propositionen "närmast ta[r] sikte på det ansvar för aktieägare som kan följa av mer allmänt civilrättsliga principer". Följaktligen kan förpliktelser enligt ett avtal under vissa förutsättningar göras gällande inte bara mot den som formellt åtagit sig dem utan även mot den som har det reella intresset i saken. Här ger domstolen två exempel på sådana fall. Då verksamheten i en juridisk person i själva verket är att se som bedriven av ägaren själv samt då ägaren i vissa situationer blir ersättningsskyldig på grund av mer allmänna skadeståndsrättsliga regler. Dessutom anför domstolen att en aktieägare kan åläggas personligt betalningsansvar i vissa andra "särskilt kvalificerade fall".

Domstolen gör även en distinktion mellan frivilliga borgenärer, vilka typiskt sett kan utvärdera bolagets ställning, och ofrivilliga borgenärer. De senare anser HD intar en särställning i förhållande till möjligheten att en aktieägare skulle ansvara för bolagets förpliktelse då deras behov av rättsskydd är högre. I linje med detta uppmärksammar HD att den som döms till domstol inte kan undandra sig från att bli indragen i en rättegång. Det skydd som svaranden har anses främst ligga i ersättningsrätten för rättegångskostnader som ges i rättegångsbalken.

5.5.3 Ansvarsgenombrott idag – Kommentarer i doktrin beträffande fallet

Fallet har behandlats i doktrin med olika uppfattning om dess styrka som prejudikat och dess betydelse för ansvarsgenombrottsinstitutet i svensk rätt.³¹⁴ Adestam framhåller att NJA 2014 s. 877 innebär ett av HD tydligt ställningstagande om att ansvarsgenombrott i den betydelse som tidigare ansågs

³¹¹ Stockholms tingsrätts dom 2013-03-11 i mål T 12533-11.

³¹² Svea hovrätts dom 2014-03-20 i mål nr T 3030-13.

³¹³ Högsta domstolens beslut 2014-05-19 mål nr. T 2133-14.

³¹⁴ Se exempelvis Adestam, Ny juridik 2:15 s. 7; Sandström, Analys Infotorg, den 9 januari 2015; Andersson, Analys Infotorg, den 30 december 2014.

existera i svensk rätt, inte gör det efter fallet.³¹⁵ Adestam anför att ingen av de normer som HD redogör för såsom tänkbara för när aktieägare kan åläggas betalningsansvar går att förklaras med en oskriven associationsrättslig princip. Bergström och Samuelsson instämmer i Adestams analys och anger att utrymmet fortsättningsvis är begränsat för att en särskild regel om ansvarsgenombrott ska kunna utvecklas i praxis.³¹⁶

Sandström anför att prejudikatets knappordiga karaktär och högsta domstolens begränsade användning av de källor som tidigare behandlat genombrottsfrågan öppnar för olika tolkningsmöjligheter i förhållande till synen på ansvarsgenombrott.³¹⁷ Sandström menar att domstolens hänvisning till ”andra särskilt kvalificerade fall” kan innebära att enbart ett fåtal civilrättsliga förhållanden, i likhet med de två andra exemplen som domstolen ger, kan föranleda ansvar. Det kan dock även innebära de traditionella momenten som tidigare diskuterats inte exkluderas genom fallet. En sådan tolkning föranleder att begreppet ansvarsgenombrott även existerar ”genom en separat grupp av rättsregler med målet att sätta en yttre gräns mot extremt risktagande”. Mycket talar dock enligt Sandström för att det är en den förra tolkningen som är åsyftad i fallet och att ansvarsgenombrott som särskild norm utesluts genom fallet.

Andersson ser domen som en exemplifiering av en viss, av många möjliga, ansvarsgenombrottsituation, och betraktar den därmed inte som ett klarläggande av principerna eller principen om företeelsen i sig.³¹⁸ Han uttalar sig inte på så sätt som Adestam och Sandström om att domen utesluter eller troligtvis utesluter förekomsten av en särskild bolagsrättslig ansvarsgenombrottsprincip, utan menar på att det är fråga om tre alternativa lösningsmetoder.

Oberoende av om en särskild norm om ansvarsgenombrott anses ha uteslutits av fallet eller inte anses fallet innehålla en otydlighet i vad som innefattas i de ”vissa särskilt kvalificerade fall”, då genombrott kan förekomma. Förutsatt att någon oskriven bolagsrättslig ansvarsgenombrottsnorm inte föreligger, och de i tidigare rättsfall framtolkade bolagsmomenten således är obsoleta ur ansvarsgenombrottsynpunkt, är frågan vilka rättsnormer som kan medföra ett ansvar för aktieägarna utöver skadeståndsrättsliga principer och situationer då verksamheten ska anses bedriven av ägaren själv.

5.5.4 Betydelsen av ansvarsgenombrott för koncernförhållanden

Stattin har betraktat ansvarsgenombrottsläran utifrån dess syfte. Han konstaterar att syftet är att motverka otillbörliga resultat genom att bryta en associations annars självständiga juridiska person och förordar att ett sådant genombrytande

³¹⁵ Här åsyftas med ”ansvarsgenombrott” en oskriven bolagsrättslig norm. Jfr Adestam, Ny Juridik 2:15 s. 20 f.

³¹⁶ Bergström, Samuelsson (2015), s. 252.

³¹⁷ Sandström, Analys Infotorg, den 9 januari 2015.

³¹⁸ Andersson, Analys Infotorg, den 30 december 2014.

enbart ska ske om det är ändamålsenligt.³¹⁹ De grunder som ställts upp i övrig doktrin anses därmed behöva betraktas ur ett ändamålsperspektiv, där en avvägning mellan föreliggande grunder som talar för ansvarsgenombrott och ändamålen med reglerna om ett bolags självständiga verkan måste ske.³²⁰ Många av de samhällsekonomiska fördelar som presenterades i avsnitt 5.2 bortfaller helt eller delvis i koncernförhållanden.³²¹ Det föranleder att diskussionen om ansvarsgenombrott är särskilt intressant i just koncernförhållanden.³²²

Blumberg identifierar fyra särskiljande egenskaper för relationen mellan moder- och dotterbolag i relation till relationen mellan fristående aktiebolag och aktieägare. För det första är ägandet av dotterbolagen i koncerner generellt koncentrerat till ett moderbolag, eller till ett moderbolag med stark majoritet samt ett fåtal minoritetsdelägare.³²³ De ekonomiska teoretiska fördelarna med det begränsade ansvaret är som nämnt starkast i publika, stora bolag.³²⁴ Det följer av att ägandet är spritt och att agent-kostnaderna i annat fall kan bli stora, samt att stor kapitalanskaffning är nödvändig. Ägaren i koncernförhållanden är heller inte, så som generellt är fallet i bolag med spritt ägande, separerad från kontrollen och styrandet av bolaget. Förhållandet är snarast rakt motsatt. Moderbolaget har i ofta såväl ett legalt som framför allt reellt inflytande i dotterbolagens drift. Vidare bolagens verksamhet ofta integrerad på ett ekonomiskt plan. Slutligen kretsar diskussionen inte kring de slutgiltiga ägarnas, de fysiska personernas, ansvar utan kring moderbolagets eventuella ansvar.³²⁵ De analyser som gjorts av teoribildningen kring det begränsade ansvaret har i första hand skett på dylika, fristående aktiebolag, och koncernförhållandets specifika omständigheter har inte närmre beaktats.³²⁶

I USA är ansvarsgenombrottsfenomenet, ”piercing the corporate veil” eller ”lifting the corporate veil”, väl etablerad om än omdiskuterad.³²⁷ Amerikansk teori rörande ansvarsgenombrott kan således vara till nytta för att betrakta ansvarsgenombrottets betydelse i svensk rätt. Easterbrook och Fischel visar på att domstolarna i amerikansk rätt i högre utsträckning var villiga att döma till ansvarsgenombrott när balansen mellan fördelarna genom diversifiering och aktiers ökade överlåtbarhet och nackdelen med överdrivet risktagande har rubbats, liksom de har i koncernförhållanden. I linje med detta anförs att de fall av ansvarsgenombrott som har uppmärksammats i amerikansk rätt har gällt

³¹⁹ Stattin (2008), s. 435 ff.

³²⁰ Stattin (2008), s. 455.

³²¹ Moberg (1998), s. 40 ff.

³²² Även fåmansbolag uppvisar en liknande effekt, då ägande och kontroll inte är åtskilt såsom i de bolag där ansvarsfriheten har störst samhällsekonomisk betydelse, se Easterbrook, Fischel (1991), s. 56.

³²³ Blumberg (1987), s. 94.

³²⁴ Se ovan avsnitt, 5.2.

³²⁵ Blumberg (1987), s. 94.

³²⁶ Jfr Blumberg (1987), s. 93.

³²⁷ Notera att dessa uttryck snarare kan översättas till genomsyn, och omfattar mer än ansvarsgenombrott. Det senare är dock en av de vanligaste formerna av ansvarsgenombrott, Vanderkerckhove (2007), s. 76 f.

privata bolag.³²⁸ Att ansvarsgenombrott ges större utrymme i koncernförhållanden anses således vara enlighet med ekonomisk teori, eftersom det helt enkelt inte föreligger samma fördelar med att bibehålla det begränsade ansvaret mellan moderbolag och dotterbolag.³²⁹ Den fördel med begränsat ansvar som utpekats särskilt som kvarstående i koncernförhållanden är möjligheten att bedriva högriskverksamhet.³³⁰ Till denna fördel är emellertid en risk sammankopplad. Risker för att ett överdrivet risktagande sker aktualiseras nämligen i högre utsträckning i dotterbolag.³³¹

Frågan om införandet av ett obegränsat ansvar i koncernförhållanden har varit uppe för diskussion i doktrin ett flertal gånger.³³² Enligt Halpern, Trebilcock och Turnbull bör ett obegränsat ansvar för moderbolaget vara lämpligast för att åstadkomma ett skydd för dotterbolagets borgenärer.³³³ Regler om ett obegränsat ansvar har emellertid inte lagstiftats, vare sig i Sverige eller i de flesta andra länder.³³⁴ Enligt en studie som genomförts i USA beviljas ansvarsgenombrott inte i fler fall vid koncernförhållanden än i företag med fysiska personer som ägare.³³⁵

5.6 Kommentarer till kapitlet

Eftersom det föregående kapitlet visat att moderbolags styrning av dotterbolag förekommer i praktiken, även om den inte är närmare lagreglerad, förskjuts intresseavvägningen mellan borgenärer och minoritetsdelägare å ena sidan, och aktieägare å andra sidan. Det blir härmed viktigare med ansvarsmöjligheter för att återställa denna balans. Vad som framkommit i det här kapitlet är att ansvarsmöjligheterna i moderbolag i princip är identiska med de i fristående aktiebolag. Här blir således diskrepansen mellan det praktiska förhållningssättet till koncernen och det legala förhållningssättet och den intresseförskjutning som detta innebär mycket tydlig.

5.6.1 Skadestånd

Skyddet i koncerner enligt de skadeståndsregler som finns i ABL är ytterst begränsat, vilket har framkommit ovan. Det följer dels av svårigheten att visa att en tvivelaktig instruktion lett till skada för bolaget, dels att det subjektiva kravet är högt ställt för aktieägare. Skadeståndsreglerna är utformade för att träffa aktieägare som inte aktivt lägger sig i förvaltningen av bolaget. De är således inte konstruerade för de koncernförhållanden där moderbolaget intar en verksam roll

³²⁸ Easterbrook, Fischel (1991), s. 55 f.

³²⁹ Easterbrook, Fischel (1991), s. 56.

³³⁰ Moberg (1998), s. 41.

³³¹ Easterbrook, Fischel (1991), s. 57.

³³² Se även referat, nordiskt juristmöte.

³³³ Halpern, Trebilcock, Turnbull (1980), s. 148 f.

³³⁴ Jfr avsnittet om den teoretiska bakgrunden till lagstiftningen.

³³⁵ Thompson (1991), s. 1056. Se särskilt not. 110 för statistik.

i dotterbolagets förvaltning. Då koncernbildning i sig är ett styrningsmedel och de fördelar som uppkommer genom koncernbildning bland annat kräver integration och kontroll av moderbolaget över dotterbolagen torde skadeståndsregleringen inte vara anpassad för majoriteten av koncernförhållandena.

Erkännandet av ett koncernintresse skulle medföra att den styrning som i praktiken förekommer i koncerner även vidkänns legalt. För skadeståndsreglernas tillämpning skulle det innebära en stor skillnad. Redan idag har diskuterats vad som är ”i bolagets intresse” med avseende till att moderbolagets intresse, det vill säga koncernens intresse, torde tillmätas vikt i den bedömningen så som aktieägare. Ett legalt erkännande av koncernintresset skulle försvåra tillämpningen av skadeståndsreglerna i koncerner ytterligare, och nödvändiggöra annan reglering av ansvaret. En åtgärd som förvisso är till nackdel för bolaget, skulle nämligen kunna rättfärdigas med att vara till fördel för koncernen som helhet.

5.6.2 Shadow Director-institutet

Shadow Director-institutet erbjuder en möjlighet att frångå de begränsningar som stadgas i 29 kap. 3 § och istället ålägga ett ansvar med 29 kap. 1 § som grund. I de koncerner där moderbolaget intar en stark ställning och genomför långtgående styrning av dotterbolagen, är det svårt att betrakta detta bolag som en vanlig aktieägare. Den fråga som uppkommer är emellertid vilken effekt en sådan ordning skulle få i ett större perspektiv. Det är en svår gränsdragning mellan aktieägare som agerar aktivt i bolagets förvaltning i eget intresse, förvisso på bolagets bekostnad, och de aktieägare som agerar så aktivt att denne bör betraktas som styrelseledamot. En ordning där en analog tillämpning av det betydligt större ansvaret för styrelseledamöter på aktieägare står i direkt kontrast till de överväganden som lett till att aktieägare har ett mindre omfattande ansvar i första hand. Å andra sidan är i de fall som är aktuella att tillämpa Shadow Director-doktrinen på troligtvis få, då det både krävs att tydliga anvisningar har lämnats från moderbolaget och kontinuitet i dotterbolagets efterföljsamhet.

Utan att gå in närmre på huruvida Shadow Director-institutet bör tillåtas i svensk rätt, då detta inte ligger inom uppsatsens syfte, kan konstateras att det skulle innebära ett förbättrat skydd för borgenärer i koncernförhållanden och även i andra fall där en stark majoritetsägare aktivt blandar sig i dotterbolagets förvaltning. Det skulle därmed kunna vara ett lämpligt sätt för lagstiftaren att förhålla sig till den särskilda intresseförskjutning som sker i dessa fall. Vid ett legalt erkännande av ett koncernintresse skulle Shadow Director-institutet vidare kunna lösa den problematik som uppmärksammades ovan gällande skadeståndsreglernas bristfällighet. I fall då moderbolaget styr dotterbolaget i koncernens intresse skulle moderbolaget betraktas som förvaltningsorgan och bedömas enligt de lägre subjektiva krav som stadgas i 29 kap. 1 §. Även i dessa fall skulle dock frågan om vad som utgör skada för det enskilda bolaget när koncernen som helhet gynnas behöva klargöras.

5.6.3 Ansvarsgenombrott

Ansvarsgenombrott har länge diskuterats i doktrin som det sätt skyddsbehovet kan tillgodoses i koncernförhållanden och därmed särskild betydelse för den här uppsatsen. Jag ansluter mig till den syn på ansvarsgenombrott som Sandström lyfter i sin analys av MÖD 2013:28, nämligen att det knappast är fråga om en enskild rättsfigur utan snarare av ett nät av principer som kan grunda ansvar för en bakomliggande aktieägare. Detta påstående har fått ytterligare styrka genom det resonemang om de civilrättsliga grunderna för ansvarsgenombrott som förs i NJA 2014 s. 877. I enlighet med Adestams analys kan därmed med viss säkerhet konstateras att någon särskild bolagsrättslig norm om ansvarsgenombrott inte finns i svensk rätt. Det undandrar dock inte möjligheten att aktieägare i vissa fall kan göras skyldiga att stå för bolagets skulder, oavsett om det är fråga om en juridisk person eller fysisk person som är aktieägare. Frågan är således även fortsättningsvis när ett sådant ansvar kan göras gällande. På denna punkt ger NJA 2014 s. 877 viss ledning, men det finns fortfarande en oklarhet beträffande vad som innefattas i de övriga ”särskilt kvalificerade fall” som domstolen uttrycker kan grunda ansvaret.

Då den här uppsatsen inte ämnar utreda ansvarsgenombrottets plats i svensk rätt, utan dess betydelse för koncernförhållandet, får distinktionen mellan ansvarsgenombrott på civilrättslig respektive bolagsrättslig grund mindre betydelse. För koncernförhållandets vidkommande torde nämligen det mest intressanta vara **att** en möjlighet till att ålägga moderbolaget ansvar för dotterbolaget finns, samt **hur vittgående** denna möjlighet är. Vad som tycks relativt klart är att åläggandet av ansvar på aktieägare ska tillämpas ytterst restriktivt. Det är en naturlig utgångspunkt på grund av behovet av att upprätthålla det begränsade ansvaret i aktiebolag. Det föranleder dock även slutsatsen att principer om ansvarsgenombrott inte kan påstås åstadkomma något starkt eller effektivt skydd för minoritetsdelägare eller framför allt borgenärer i dotterbolag.

Inledningsvis angavs att eventuella principer om ansvarsgenombrott, utöver en diskussion om skyddsgraden för intressenter i dotterbolagen, även skulle betraktas utifrån ett erkännande av koncernintressets betydelse för förekomsten därav. Accepterandet av att koncernen som helhet har ett eget, i vissa fall väsentligt skiljt från dotterbolagens, intresse måste anses påverka möjligheten att ålägga moderbolaget ansvar för dotterbolagets skulder. Ansvar torde nämligen i så fall inte i samma utsträckning kunna åläggas ett moderbolag vilket agerar i koncernens intresse, men mot dotterbolagets intresse. Beroende av vilka förutsättningar som fortsättningsvis finns i svensk rätt att ålägga moderbolaget ansvar för dotterbolagets skulder uppkommer dock olika situationer.

En från ansvarsgenombrottsfrågan skild fundering om styrning uppkom genom rättsfallsgenomgången beträffande ansvarsgenombrottsprinciperna, närmare bestämt MÖD 2013:28. Här avgjordes målet inte med ansvarsgenombrott som grund, utan istället konstaterades att moderbolaget var att betrakta som verksamhetsutövare. MÖD uttalar i målet att moderbolaget genom koncernbidrag till dotterbolaget möjliggjort den fortsatta verksamheten.

Därigenom har moderbolaget haft ett avgörande inflytande på dotterbolagets verksamhet. Det här uttalandet förefaller ge uttryck för en betydligt mer verksamhetsteoretisk baserad syn på moderbolagets rätt att styra dotterbolaget än vad som torde vara det normalt uttryckta beträffande koncerner. Vad som innefattas i uttalandet är nämligen en rätt för moderbolaget att ge anvisningar till dotterbolaget beträffande dess verksamhet då det förstnämnda lämnat ekonomiska bidrag till dotterbolaget. Det är ett långtgående uttalande vilket har kritiserats betydligt, men det öppnar för frågan kring synen på koncernintresset som i viss mån erkänt i svensk rättstillämpning.

5.6.4 Skillnader och likheter i förhållande till aktiebolagsrättslig problematik

I kapitlet har förekomsten av det begränsade ansvaret för aktieägare i koncernförhållanden problematiserats. Det har visats att skyddet för framförallt borgenärer är mycket begränsat. Moderbolag som de facto utövar styrning i dess underordnade bolag torde även höra till vanligheterna, vilket framkom i föregående kapitel. Problematiken i koncernförhållanden skiljer sig därmed från den där enbart ett fristående aktiebolag och dess intressenter bereds skydd. Utifrån ett borgenärsskyddsperspektiv är skillnaden dock inte principiell, utan accentuerar snarare de problem som kan uppkomma i aktiebolagsförhållanden med en stark majoritetsägare.

Sett ur ett större perspektiv kan dock ifrågasättas om det inte i själva verket *är* en principiell skillnad mellan koncernförhållanden och fristående aktiebolag. Det har framkommit en bild av att de teoretiska fördelar som kan utvinnas av det begränsade ansvaret i aktiebolag inte på samma sätt har bäring då en juridisk person är ägare till ett aktiebolag. Liksom många andra före mig ställer jag mig därför frågan om det är lämpligt att vidmakthålla ett begränsat ansvar mellan bolag i koncerner. För att avgöra om ett obegränsat ansvar för moderbolaget skulle vara ändamålsenligt krävs att andra omständigheter än skyddsperspektivet tas i beaktande. Koncernen bör nämligen även på den här särskilda frågan analyseras ur ett rättsekonomiskt perspektiv då skyddsöväganden inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt i den betydelsen att företagsintegration genom koncernbildning blir oattraktivt. Det är således, liksom beträffande all bolagsrättslig lagstiftning, nödvändigt med en intresseavvägning. Därtill uppkommer frågan åter igen om det aktiebolagsrättsliga begreppet och dess gränser.

Beträffande intresseavvägningen blir det relevant att utgå från ändamålet med koncernbildningen. Ett av de mest framstående motiven för koncernbildning innefattar möjligheten till riskdiversifiering. Genom koncernbildning möjliggörs drivande av riskfylld verksamhet i dotterbolag, utan att moderbolaget står någon långtgående risk därav. De två alternativa situationerna som uppställs vid bedömningen av begränsat respektive obegränsat ansvar i koncerner är således å ena sidan ett möjliggörande av sådan högriskverksamhet respektive ett kraftigt begränsande av sådan möjlighet. Det senare ter sig inte eftersträvaransvärt i ett samhällsperspektiv. Sett ur ett historiskt perspektiv kan även påpekas att det

begränsade ansvaret tillkommit av liknande skäl, nämligen för att möjliggöra den högriskverksamhet som var järnvägsbyggandet.

Även ur ett begreppsperspektiv medför ett obegränsat ansvar mellan bolag i en koncern vissa svårigheter. Som angivits i inledningskapitlet utgår framställningen från att begrepp, liksom rätten i stort, är dynamiska och kan förändras beroende av ändamål och samhällsöverväganden. En viss kontinuitet är dock nödvändig för att uppnå förutsebarhet i lagstiftningen. Aktiebolagsbegreppet är väletablerat i den svenska rättsordningen och har dessutom en lagstadgad betydelse. Ett medgivande av obegränsat ansvar inom koncerner innebär att koncernbolag inte har begränsat ansvar i förhållande till sina ägare. Detta innebär en stor förändring av aktiebolagsbegreppet vilken, om än inte oöverkomlig, bör beaktas i diskussionen.

6 Andra skyddsregler

6.1 Inledning

Koncernproblematiken som behandlas i de två föregående kapitlen utgår från att moderbolaget som stark ägare kan missbruka sin ställning i koncernen till nackdel för minoritetsdelägare och framför allt borgenärer. Regler om begränsningar av stämmans anvisningsrätt och om moderbolagets eventuella ansvar för dotterbolags skulder är emellertid inte de enda reglerna som tar sikte på att skydda dessa intressenter. I det här kapitlet går uppsatsen därför kortfattat in på några av de andra skyddsregler som finns i bolagsrätten och som har särskild betydelse för intressenter i koncerner. Någon heltäckande bild av skyddsregleringen ges inte, utan kapitlet ämnar endast belysa några av de skyddsregler som finns i ABL och som har särskild betydelse i koncernförhållanden. Då borgenärer i dotterbolagen anses vara de intressenter som är utsatta för högst risk i koncernförhållanden, fokuseras på de skyddsregler som avser dem.³³⁶ På ett övergripande plan brukar regler som tar sikte på formerna för bolagsorganens beslutsfattande samt likhetsprincipen och generalklausulerna hänföras till minoritetsreglerna.³³⁷ Dessa har i viss mån behandlats i kapitel fyra och fem. Borgenärsskyddet kan mycket förenklat delas in i tre moduler. Regler om aktiekapitalet vid bolagets bildande och vid senare kapitalökning, begränsningar i bolagets rätt att disponera över kapitalet och slutligen reglerna om tvångslikvidation.³³⁸

6.1.1 Minimikapital

Borgenärsskyddet i aktiebolag är, tillsammans med reglerna om värdeöverföringar och reglerna om tvångslikvidation, starkt förknippat med skyddet av aktiekapitalet.³³⁹ Aktiekapitalets storlek bestäms vid bildandet av ett aktiebolag och kan sedan variera över tid. I svensk rätt finns ett lagstadgat minimikapital, vilket bolaget inte får understiga. Lagstiftaren har med det lagstadgade minimikapitalkravet gjort en ansats att minska risken för överdrivet risktagande av aktieägarna. Risken för detta ökar nämligen ju mindre eget kapital som aktieägarna äventyrar.³⁴⁰ Minimikapitalet fungerar som en förmögenhetsbuffert genom att tillgångar som motsvarar beloppet inte får delas ut till aktieägarna.³⁴¹ Aktiekapitalet har även betydelse i frågor om kapitalbrist och värdeöverföringar. Det fungerar då som en måttstock för när bolagets ledning måste agera för att motverka insolvens.³⁴²

³³⁶ Moberg (1998), s. 151 f.

³³⁷ Sacklén, SvJT 1994 s. 136, s. 137.

³³⁸ Sacklén, SvJT 1994 s. 136, s. 137.

³³⁹ Bergström, Samuelsson (2015), s. 215 f.; SOU 2008:49 s. 81.

³⁴⁰ Bergström, Samuelsson (2015), s. 216.

³⁴¹ Sandström (2012), s. 105.

³⁴² 25 kap. 13 § ABL.

Minimikapitalets faktiska betydelse för borgenärsskyddet är omdiskuterad. I internationella företagsbildningar föreligger en problematik i att det inom EU finns betydande skillnader mellan medlemsländernas regleringar. Följaktligen startas bolag i länder med för aktieägarna fördelaktiga regler om aktiekapital.³⁴³ Vidare har ett flertal argument framförts mot aktiekapitalets betydelse som skyddsregel, med slutsats att kapitalet bör sättas ned till en krona och aktieägarna själva får besluta om dess storlek för att på så sätt skapa en starkare koppling mellan aktiekapital och bolagets risktagande samt kapitalbehov.³⁴⁴

6.1.2 Förbjudna värdeöverföringar³⁴⁵

ABL begränsar i särskilda fall aktieägarnas frihet att disponera över bolagets tillgångar. I 17 kap. 1 § definieras begreppet värdeöverföring. När en värdeöverföring skett från bolaget måste bedömas huruvida den är laglig eller olaglig. Är det senare vid handen måste även en bedömning ske av vilka rättsverkningar som blir tillämpliga. Värdeöverföringsreglerna tillhör de mest komplicerade i aktiebolagsrätten.³⁴⁶ De har primärt karaktär av borgenärsskydd, men har även ansetts medföra ett skydd för minoritetsdelägare.³⁴⁷

I koncerner är ett av de huvudsakliga orosmomenten ur borgenärssynpunkt att värdeöverföringar sker mellan moderbolaget och underordnade bolag i koncernen, vilket slutligen urholkar de senares förmögenhet.³⁴⁸ Bedömningen av huruvida en värdeöverföring skett mellan koncernbolag skiljer sig dock från bedömningen i fristående aktiebolag. För att det ska vara fråga om en värdeöverföring krävs att bolaget presterar något utan att få fullt vederlag i utbyte. Inom koncerner är gränsdragningen för huruvida en transaktion är benefik försvårad. En motprestation kan exempelvis förväntas på sikt.³⁴⁹ Det har även påtalats att samarbetet inom koncerner i sig kan kompensera för ett uteblivet vederlag.³⁵⁰ Överlag råder delade meningar om hur värdeöverföringar i koncerner ska behandlas i doktrin.³⁵¹ Av detta följer att de redan mycket komplicerade reglerna om värdeöverföringar blir än mer svårtillämpade i koncernförhållanden. Ett koncerninternt agerande som i teorin kan ses som en värdeöverföring borde således vara svåra att angripa med reglerna i ABL.

³⁴³ Bergström, Samuelsson (2015), s. 216; SOU 2008:49, s. 66.

³⁴⁴ Lagrådsremiss 2009-10-29, s. 9.

³⁴⁵ Frågan om värdeöverföringar i koncernförhållanden är omfattande och skulle i sig kunna utgöra ämne för en uppsats. Här behandlas problematiken kortfattat och översiktligt för att ge läsaren en bild av ytterligare problemområden och skyddslagstiftning i koncernförhållanden.

³⁴⁶ Nerep (2003), s. 373.

³⁴⁷ Prop. 1975:103 s. 475; Lindskog (1995), s. 11 ff.

³⁴⁸ Borgström (1970), s. 24 f.

³⁴⁹ Sandström (2012), s. 304.

³⁵⁰ Folkesson, Tropp Ellerås, Balans 86:2, s. 38.

³⁵¹ Se även Lindskog (1995), s. 47 f.

6.1.3 Utdelningsbegränsning

I svensk rätt hade koncernredovisningen tidigare ytterligare en funktion än återgivande av koncernens resultat. Det resultat som redovisades i koncernredovisningen begränsade den utdelning som moderbolaget kunde dela ut till sina aktieägare. En dubbel begränsning förelåg således för moderbolag beträffande vinstutdelningar.³⁵² Denna så kallade koncernspärr togs bort till förmån för en ”allsidig och nyanserad bedömning” av det enskilda bolagets och koncernens situation då mervärdet av den särskilda regeln ansågs begränsat.³⁵³ Vinstutdelningsutrymmet ska således bedömas utifrån moderbolagets balansräkning, men med tillämpning av försiktighetsprincipen och beaktande av resultatet i koncernen som helhet.³⁵⁴

6.1.4 Likvidation och inlösen

Reglerna om tvångslikvidation och inlösen av aktier vid majoritetsmissbruk i ABL 25 kap. 21–22 §§ är ytterligare reglering med skyddssyfte. Tvångslikvidation förutsätter att en aktieägare genom missbruk medverkat till en överträdelse av ABL, ÅRL eller bolagsordningen. Vidare krävs att aktieägaren agerat med uppsåt samt att särskilda skäl för likvidation föreligger. Kraven för att tvångslikvidation ska bli aktuellt till följd av en majoritetsägares, exempelvis ett moderbolags, missbruk är således höga. Reglerna har till följd av detta använts sparsamt i praxis.³⁵⁵

Minoritetsdelägare kan enligt ABL 22 kap. även kräva inlösen av sina aktier då majoritetsdelägaren, moderbolaget, äger mer än nio tiondelar av aktierna i bolaget. Regeln gäller även då ägandet är indirekt tillsammans med eller genom ett eller flera dotterbolag.

6.2 Kommentar till kapitlet

Kapitlet ger endast en begränsad bild av de kapitalskyddsregler och minoritetsregler som stadgas i ABL, vilka ger ett visst skydd till intressenter även i koncerner. Bilden av att skyddet för framförallt borgenärer är begränsat förmedlas dock tydligt, och detta särskilt i de fall då riskerna är högre – liksom i koncerner. I de fall då minoritetsdelägare förekommer står även de en betydande risk för att missgynnas i koncerner. Något fullständigt skydd ska emellertid inte eftersträvas. Det krävs att en avvägning görs där skyddet är tillräckligt för att främja kapitalanskaffning och företagsbildning, men inte så långtgående att alltför stora kostnader tillkommer. På ett teoretiskt plan kan det framföras att regleringen framstår som undermålig när det gäller att kompensera för den

³⁵² SOU 1997:168 s. 75.

³⁵³ Prop. 2004/05:85 s. 380 f. samt ABL 17 kap. 3 § 3 st.

³⁵⁴ SOU 1997:168 s. 75 f.

³⁵⁵ Det enda uppmärksammade fallet är likvidationen av Trustor AB (publ.).

särskilda riskförskjutning som föreligger i koncerner, särskilt i integrerade och av moderbolaget styrda koncerner. För att avgöra huruvida skyddet är tillräckligt baserat på de regler som finns skulle rättspraxis då intressenter i koncerner missgynnats behöva behandlas. Det finns således utrymme för vidare undersökning på detta område.

7 Sammanfattande slutsatser

Inledningsvis kan konstateras att frågan om ett eventuellt erkännande av ett koncernintresse inte enbart är en terminologisk eller akademisk fråga. Behandlingen av koncernen som en enhet respektive som flera separata enheter påverkar i princip samtliga regler som koncernförhållandet aktualiserar idag, och ändrar förutsättningarna för koncernförhållandet och intresseavvägningen däri. Nedan besvaras de frågor som ställdes upp i inledningskapitlet för att uppnå syftet med uppsatsen utifrån vad som framkommit. På så sätt sammanfattas och tydliggörs de resonemang som förts under uppsatsen.

Vilken grund vilar den svenska koncernrättsregleringen på?

Den svenska koncernrättsregleringen utgörs av ett antal försök att återställa intresseavvägningen i koncerner i särskilda fall. Den grundas på ett antal tillfällen då missbruk av ägandeställningen har uppdagats. Något helhetsgrepp om koncernrätten har inte tagits, vilket följaktligen innebär att den teoretiska utgångspunkten för lagstiftningen är att koncernförhållanden inte existerar. Koncerner saknar därmed legitimitet juridiskt i svensk rätt, och kan sägas befinna sig i den ställning den juridiska personen gjorde innan 1895 års aktiebolagslag. Lagstiftningens utgångspunkt är istället att betrakta koncernen utifrån aktiebolagets redan fastlagda begrepp. Denna inställning till aktiebolagsbegreppet som nödvändigt och definitivt står i motsättning till de ändamålsöverväganden som präglade det ursprungliga utvecklandet av aktiebolagslagen – nämligen samhällsintresset av en väl fungerande och dynamisk företagsamhet.

Koncernbegreppet, vilket avgör huruvida de särskilda regler som införts beträffande koncerner är tillämpliga på en bolagskonstellation öppnar, om inte till och med förutsätter, ett beaktande av koncernen som enhet. Denna ordning följer av att koncerndefinitionen är hämtad från redovisningsrätten, där ett visst erkännande av koncernens enhetlighet är nödvändig för att kunna återspegla de verkliga ekonomiska förhållandena i koncernen. Det faktum att ett koncernintresse inte erkänns i svensk rätt medför dock dels att definitionen inte åtföljs av bestämmelser som reglerar den styrning som förutsätts i definitionen. Dels att invecklade konstellationer, såsom att ett dotterbolag troligtvis skulle kunna ha flera moderbolag, möjliggörs.

Vad är ändamålet med den bolagsrättsliga regleringen av koncerner?

Den bolagsrättsliga regleringen av koncerner vilar på tanken om intresseavvägning mellan framför allt borgenärer, minoritetsaktieägare och majoritetsaktieägare. Avvägningen syftar till att uppnå ett skydd i situationer där förhållandet innebär risker för någon av parterna. I koncerner, där moderbolaget ofta intar en aktiv ställning i dotterbolagets förvaltning, förskjuts riskförhållandet till minoritetsdelägares och borgenärens nackdel. Särskilt borgenärer i de underordnade bolagen riskerar att koncerninterna transaktioner eller styrning i koncernens intresse leder till en minskad förmögenhet i de underordnade

bolagen. Risken är således att dotterbolagen inte drivs med vinstmaximering som syfte, det vill säga inte med dotterbolagets intresse som syfte, utan som del i en större enhet. Lagstiftningen strävar således efter att återställa riskfördelningen till den som föreligger i fristående aktiebolag. Det övergripande ändamålet med den bolagsrättsliga lagstiftningen är emellertid att främja samhällsnyttig verksamhet genom att den ovanstående intresseavvägningen skapar balans mellan intressenterna och således minskar risker och osäkerheter.

Hur kan ändamålet med koncernbildning ses i relation till den juridiska synen på koncernen?

Koncernbildning sker i första hand på grund av ekonomiska överväganden. Dessa överväganden bygger på teorier om bolags hushållande med resurser och ekonomiska effektivitet. En särskilt viktig, och för koncernrättens vidkommande relevant, anledning till koncernbildning är riskspridning. Genom dotterbolag ges möjlighet för ett moderbolag att aktivt utöva styrning över dotterbolag utan att stå risken för mindre lyckade investeringar. Detta stämmer väl överens med den juridiska enhetsteorin, på vilken lagstiftningen vilar.

Kraftigt förenklat torde följande satslogiska påstående kunna ställas upp. Om obegränsat ansvar för dotterbolagets skulder ställs upp för moderbolag, så kommer koncernbildningen att minska. Företagskoncentration anses generellt positivt ur företagsekonomisk och samhällsnyttig synvinkel. Att hämma denna utveckling torde därmed inte vara ändamålsenligt ur lagstiftarens perspektiv.

Även andra företagsekonomiska motiv för koncernbildning förekommer. Dessa innefattar särskilt stordriftsfördelar, konkurrensfördelar och administrativa fördelar vilka kan uppnås genom integration av företag. Erkännandet av koncernintresset torde ha påverkan i alla dessa led. Tydligast blir dock dess påverkan på den administrativa frågan. Då en anledning till koncernbildning är att möjliggöra en uppdelning av styrningen i dotterbolaget för att åstadkomma så hög effektivitet som möjligt, borde ett legalt erkännande av koncernintresset öka dessa fördelar. Redan i nuläget accepteras i viss utsträckning att ett dotterbolag styrs mot sitt intresse, såvida inte moderbolaget även får en otillbörlig fördel. Det är detta som innefattas i ett erkännande av ett koncernintresse och det är således inte främmande för svensk rätt att ett sådant existerar. Det skulle emellertid behöva tydliggöras och uttalas explicit att ett sådant erkänns, för att lagstiftningen ska tillnärmas verkligheten.

Hur uppfylls borgenärs- respektive minoritetsskyddet idag?

Den intresseavvägning som aktiebolagslagen tar utgångspunkt i motsvaras av förhållanden i det fristående aktiebolaget. Ett par utvecklingslinjer i bolagsrätten har emellertid skiftat tyngden så att balans inte längre råder i den ursprungliga avvägningen, vilket förutsätter att reglerna betraktas ur dess ändamål ånyo. Å ena sidan går utvecklingen mot ett alltmer institutionaliserat ägande med passiva aktieägare. Detta har föranlett en utveckling på området för bolagsstyrning. Å andra sidan återfinns koncernutvecklingen.

Koncernbildning medför att starka ägare med begränsad kapitalinsats ges stort inflytande på underordnade bolag. Minoritetsdelägare och framförallt borgenärer i dessa dotterbolag utsätts härmed som nämnt ovan för en överhängande risk för missbruk. Denna utveckling föranledde för ett antal år sedan ett fåtal regler i syfte att återställa maktbalansen. Något mer övergripande grepp om koncernrätten togs emellertid inte. Följaktligen är skyddet i koncernförhållanden fortsatt begränsat, vilket har tydliggjorts i denna uppsats. Den princip som oftast har betraktats som ett särskilt skydd i koncernförhållanden, ansvarsgenombrottet, kan inte längre betraktas som existerande oskriven regel i bolagsrätten. Trots diskussioner om ändamålsenligheten med det begränsade ansvaret i koncerner har regler härom inte följt, och domstolar tycks inte vara mer benägna att tillämpa ansvarsgenombrott i koncernförhållanden än då fysiska personer är aktieägare.

De skyddsregler som finns i ABL och som är tillämpliga även på koncernförhållanden ger ett begränsat skydd redan i fristående aktiebolag. I koncerner där riskfördelningen är förskjuten kan dessa därmed troligtvis inte anses erbjuda något större skydd. På den här punkten finns emellertid utrymme för mer utredning för att ett definitivt uttalande ifråga om reglernas tillämpning i det enskilda fallet ska göras. Klart är dock att något starkt skydd inte föreligger ur styrnings- respektive ansvarssynpunkt. Att borgenärer besitter ett skydd är en förutsättning för en fungerande kapitalanskaffningsmarknad. Om risken med en investering är alltför hög, sker den inte. Det föranleder i sig ett behov att se över reglerna beträffande skyddet i koncernförhållanden. Genom att erkänna koncernintresset nödvändiggörs en omarbetning av skyddsreglerna i koncerner. Främmande institut som Shadow Director-institutet eller Rozenblum-doktrinen kan då ge en lämplig utgångspunkt för hur skyddet kan stärkas utan att åsidosätta fördelarna med koncernbildning ur ett företagsekonomiskt perspektiv.

Finns det ett koncernintresse de lege lata?

Genom undersökningen har ett antal aspekter av den svenska bolagsrätten uppdragats vilka föranleder frågan om ett koncernintresse redan kan betraktas som erkänt i svensk rätt. Liksom nämndes ovan är exempelvis styrning i koncernens intresse accepterat även när det sker mot dotterbolagets eget intresse, och därtill förutsätter koncerndefinitionen att kontroll utövas av moderbolaget. Vidare har resonemanget i rättstillämpningen i några fall pekat på beaktande av ett koncernintresse.

Lagstiftning existerar i sin samtid. Enligt min mening är det därmed en naturlig följd att den verklighet som regelverket ska appliceras på får påverkan på bedömningen av den. Det förefaller svårt att utsträcka gällande rätt till att innefatta ett erkänt koncernintresse då de tillfällen det har getts genomslag är begränsade. Vad som däremot visas är behovet av ett sådant erkännande och problemet med att det föreligger en diskrepans i grunden för lagstiftningen och den verkliga användningen av koncerner.

Bör koncernintresset erkännas i svensk rätt, och vilka effekter skulle det få?

Sammanfattningsvis kan två skäl anses ha framkommit för att stärka ett koncernintresse i svensk rätt. För det första legitimeras koncernen genom att dess intresse erkänns legalt. Koncernbildning sker generellt i syfte att genom styrning av dotterbolagen allokera resurser på ett för koncernen som helhet fördelaktigt sätt. Ur rättsekonomiskt perspektiv är det således förmånliga för samhället i stort och bör främjas av lagstiftaren. Den juridiska personens väsen var omdiskuterat och svårligen accepterat av såväl rättsvetenskap som lagstiftare. Frågan om dess juridiska status som subjekt drevs dock på av behovet att lagstiftningen speglade de samhällsintressen som förelåg. Ett erkännande av att koncernförhållandet generellt innefattar ett enhetligt intresse innefattar samma överväganden som erkännandet av bolagets intresse, i förlängningen dess juridiska personlighet, och torde vara i enlighet med samhälleliga överväganden.

För det andra innebär ett erkännande av koncernintresset att ett helhetsgrepp tas om koncernproblematiken, snarare än att lagstiftningen byggs upp av ett "lapptäcke". När fokus läggs på ansvarsfrågan istället för styrnings- och organisationsfrågan blir ansatsen bakvänd. Det ter sig märkligt att behandla frågan om ett ansvar för moderbolaget i de fall styrningen drivits för långt, när styrning av moderbolaget i första hand inte erkänns såsom accepterat av lagstiftaren. En sådan utgångspunkt medför luckor i lagstiftningen, liksom de som uppdragats i den här uppsatsen.

Ett erkänt koncernintresse får genomslag på alla de skyddsregler som i nuläget existerar. Det följer av att styrningsintresset står i kontrast till minoritets- och borgenärsintressena. Det blir således nödvändigt att se över den reglering som finns för att anpassa den. Ansvaret för moderbolag bör stärkas i de fall då styrning utövas i stor utsträckning, utan att för den sakens skull underminera det begränsade ansvaret och möjligheten att driva högriskverksamhet i dotterbolag.

Det legala erkännandet av koncernintresset kan ske antingen genom lagstiftning eller genom tolkning av styrnings- och ansvarsreglerna. Den franska Rozenblumdoktrinen ger en bild av hur det senares skulle kunna ske. Huvudsaken är att, snarare än att införa mer långtgående skyddslagstiftning till förmån för borgenärer, utgångspunkten tas i organisationen och styrningen av koncernen för att uppnå det skydd som eftersträvas. Det torde vara det enda sättet att uppnå önskad effekt av legitimering samt skyddslagstiftning, utan att riskera att hämma tillväxten utan att bibehålla det företagsvänliga klimat som tidigare präglat aktiebolagsrättens utveckling.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Propositioner

- Prop. 1895:6
- Prop. 1973:93 *Till förslag om konvertibla skuldebrev m.m.*
- Prop. 1975:103 *Regeringens proposition med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.*
- Prop. 1979/80:143 *Med förslag till ny lagstiftning om handelsbolag m.m.*
- Prop. 1995/96:10 Del II *Års- och koncernredovisning.*
- Prop. 1997/98:99 *Aktiebolagets organisation.*
- Prop. 2004/05:85 *Ny aktiebolagslag.*
- Prop. 2006/07:70 *Några aktiebolagsrättsliga frågor.*

Statens Offentliga Utredningar

- SOU 1941:9 *Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m.m.*
- SOU 1968:7 *Ägande och inflytande inom det privata näringslivet.*
- SOU 1971:15 *Förslag till aktiebolagslag m.m.*
- SOU 1979:46 *Koncernbegreppet m.m.*
- SOU 1997:168 *Vinstutdelning i aktiebolag.*
- SOU 1988:38 *Ägande och inflytande i svenskt näringsliv*
- SOU 1995:44 *Aktiebolagets organisation*
- SOU 2001:1 *Ny aktiebolagslag.*
- SOU 2006:39 *Ett utvidgat miljöansvar.*
- SOU 2008:49 *Aktiekapital i privata aktiebolag.*

Lagrådsremiss

Lagrådsremiss: *En sänkning av kapitalkravet för privata aktiebolag*, 2009-10-29
[cit. Lagrådsremiss 2009-10-29]

Offentligt tryck

Ridderskapet och adelns riksdagsprotokoll 1844

Lagutskottets betänkande 1845:99

1890 års motiv *Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet.*

1908 års motiv *Aktiebolagskommitténs betänkande*

Litteratur

Agell, Anders (1997). ”Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap”. I: *Festskrift till Stig Strömholm*, (red.), Frändberg, Åke, Göranson, Ulf & Håstad, Torgny, D. 1, Iustus, Uppsala, 1997, s. 35-62.

Andersson, Sten, Johansson, Svante & Skog, Rolf (2014). *Aktiebolagslagen: en kommentar*. D. 1, kap. 1-10, med supplement 10, april 2015. Stockholm: Norstedts juridik.

Arvidsson, Niklas (2010). *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*. Diss. Lund : Lunds universitet.

Bergendal, Ragnar (1922). *Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden enligt svensk rätt*. Diss. Lund : Univ.

Bergström, Clas & Samuelsson, Per (2012). *Aktiebolagets grundproblem*. 4., [uppdaterade och rev.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Bergström, Clas & Samuelsson, Per (2015). *Aktiebolagets grundproblem*. 5., [uppdaterade och rev.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Berle, Adolf Augustus & Means, Gardiner C. (1991[1932]). *The modern corporation and private property*. New ed. New Brunswick, N.J.: Transaction.

Berle, Adolf Augustus (1947). ”The theory of enterprise entity”. I: *Columbia law review*, Vol. 47, No. 3. s. 343–358. Columbia Law Association, Inc.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2014). *Europarättens grunder*. 5., [omarb. och uppdaterade] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Bernitz, Ulf (2002). *Sverige och europarätten*. Stockholm: Norstedts juridik.

Bjuggren, Per-Olof (1988). *Ownership and efficiency in companies listed on Stockholm stock exchange 1985*. Stockholm: SNS

Blumberg, Phillip I (1987). *The law of corporate groups: Tort, contract, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*. Boston: Little, Brown.

Borgström, Carl (1970). *Koncernrättsliga problem: en komparativ studie*. Stockholm: Norstedt.

Coase, Ronald Harry (1988). *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press.

Dahlgren, Bo (1992). *VD och verkligheten: en handbok för VD, styrelse och aktieägare*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David (2005). *Rättsekonomi: en introduktion*. 2. uppl. Lund: Studentlitteratur.

Davies, Paul L., Worthington, Sarah, Micheler, Eva & Gower, Laurence Cecil Bartlett (2012). *Gower and Davies' principles of modern company law*. 9. ed. London: Sweet & Maxwell.

Dotevall, Rolf (1989). *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör: en aktiebolagsrättslig studie i komparativ belysning*. Diss. Stockholm : Univ.

Dotevall, Rolf (2015). *Aktiebolagsrätt: fördjupning och komparativ belysning*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Easterbrook, Frank H. & Fischel, Daniel R. (1991). *The Economic structure of corporate law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press.

Fermenta: fakta och erfarenheter : en rapport till Stockholms fondbörs. (1988). Stockholm: Stockholms fondbörs.

Friis Hansen, Søren (1996). *Europæisk koncernret: bør koncernretten reformeres og kodificeres?*. Diss. København : Univ., 1995.

Gomard, Bernhard (1997). *Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner*. København: GAD.

Hagströmer, Johan (1872). *Om aktiebolag enligt svensk rätt*. Diss. Uppsala : Univ.

Halpern, Paul, Trebilcock, Michael & Turnbull, Stuart (1980). "An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law" I: *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 30, No. 2, s. 117–150. University of Toronto Press Stable.

Hellner, Jan (1964). "Juridiska personers skadeståndsansvar". I: *Festskrift till Hjalmar Karlgren*. Stockholm 1964.

Hellner, Jan (2001). *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*. Stockholm: Jure.

Johansson, Svante (2014). *Svensk associationsrätt i huvuddrag*. 11., omarb. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Karlgren, Hjalmar (1929). *Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet*. Diss. Stockholm : Univ.

- Kedner, Gösta & Roos, Carl Martin (1995-1996). *Aktiebolagslagen med kommentarer*. 5., omarb. uppl. Stockholm: Fritze.
- Kedner, Gösta, Roos, Carl Martin & Skog, Rolf (1995). *Aktiebolagslagen med kommentarer*. D. 1, Kap. 1-9. Stockholm: Fritze.
- Kedner, Gösta & Svenberg, Sven-Åke (2000). *Koncernredovisning*. 11., [omarb.] uppl., anpassad till Redovisningsrådets reviderade rekommendation RR1:00 Lund: Studentlitteratur.
- Kleineman, Jan (2013). "Den rättsdogmatiska metoden". I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) (2013). *Juridisk metodlära*. 1. uppl. Lund: Studentlitteratur.
- Krüger Andersen, Paul (1997). *Studier i dansk koncernret*. København: Jurist- og Økonomforbundets forl.
- Larsson, Björn (1989). *Koncernföretaget: ägarorganisation eller organisation för ägare? : en studie av hur ägarkontroll omformas i en svensk koncern*. Diss. Stockholm : Handelshögsk.
- Lehrberg, Bert (2010). *Praktisk juridisk metod*. 6., [uppdaterade och omarb.] uppl. Uppsala: Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA).
- Lindskog, Stefan (red.) (1995). *Aktiebolagslagen. 12:e och 13:e kapitlet, Kapitalskydd och likvidation*. 2. uppl. Stockholm: Juristförl.
- Lodin, Sven-Olof (1973). *Koncernbeskattning i USA: studier i koncernens skatterättsliga behandling*. Diss. Uppsala : Univ.
- Moberg, Krister (1998). *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder: ansvarsgenombrott*. Stockholm: Nerenius & Santérus.
- Nerep, Erik (2003). *Aktiebolagsrättslig analys: ett tvärsnitt av nyckelfrågor*. Stockholm: Mercurius.
- Nerep, Erik & Samuelsson, Per (2009). *Aktiebolagslagen: en lagkommentar*. D. 1, Kapitel 1-10. 2. uppl. Stockholm: Thomson Reuters Professional.
- Olivecrona, Karl (1928). *Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt*. Diss. Uppsala.
- Peczenik, Aleksander (1974). *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- Peczenik, Aleksander (1980). *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning = [Patterns of legal thought] : [methodological problems of the doctrinal study of law]*. 2. uppl. Stockholm: AWE/Geber.

Peterson, Claes (1984). ”Hallsberg-Motala-Mjölby järnvägsaktiebolag mot André Oscar Wallenberg och frågan om aktieägares begränsade ansvar”. I: *Festskrift till Jan Hellner*. Stockholm 1984.

Rodhe, Knut (1984). ”Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder”. I: *Festskrift till Jan Hellner*. Stockholm 1984.

Rodhe, Knut & Skog, Rolf (2009). *Rodhes aktiebolagsrätt*. 22. uppl. Stockholm: Norstedts juridik

Sandström, Torsten (2012). *Svensk aktiebolagsrätt*. 4. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Stattin, Daniel (2008). *Företagsstyrning: en studie av aktiebolagsrättens regler om ägar- och koncernstyrning*. 2. uppl. Uppsala: Uppsala universitet.

Svernlöv, Carl (2007). *Ansvarsfrihet: dechargeinstituttet i svensk aktiebolagsrätt*. Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2007.

Thompson, Robert B. (1991). ”Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”. I: *Cornell Law Review*, Vol. 76, No. 5, s. 1036-1074., 1991.

Valguarnera, Filippo (2013). ”Den komparativa metoden”. I: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) (2013). *Juridisk metodlära*. 1. uppl. Lund: Studentlitteratur.

Vanderkerckhove, Karen (2007). *Piercing the corporate veil*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

Åhman, Ola (1997). Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten: om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt = [Authority and internal duties in company law] : [on company representatives, the limits of their power to bind the company and on their internal obligations]. Diss. Uppsala : Univ.

Artiklar

Adestam, Johan. ”Ansvarsgenombrott och aktieägares personliga ansvarsfrihet – en analys mot bakgrund av NJA 2014 s. 877”. I: *Ny Juridik* 2:15, s. 7–25.

Agell, Anders. ”Den nya arvsrätten och metoderna för dess tolkning”. I: *SvJT* 1990, s. 1–53.

Agell, Anders. ”Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen”. I: *SvJT* 2002, s. 243–260.

Andersson, Håkan. ”Ansvarsgenombrott – kvalificering vid processmissbruk”. I: *Analys Infotorg*, den 30 december 2014.

- Andersson, Jan. "Skadestånd enligt aktiebolagslagen". I: JT Nr 2 2000/01, s. 395–400.
- Båvestam, Urban. "Aktiebolagsstyrelsens möjligheter att delegera sina uppgifter med ansvarsbefriande verkan". I: JT Nr 2 2001/02, s. 252–277.
- Dejmek, Paulina. "Den europeiska bolagsrätten – igår, idag och imorgon". I: SvJT 2002, s. 588–607.
- Folkesson, Enar, Tropp Ellerås, Susanne. "Associationsrätt: Så testar man om transaktioner mellan koncernbolag är giltiga". I: Balans nr. 2 1986, s. 36.
- Lambertz, Göran. "Nyttig och onyttig rättsvetenskap". I: SvJT 2002, s. 261–278.
- Lindskog, Stefan. "Om rörelsekommission". I: JT Nr 1 1990/91, s. 15–54.
- Olsen, Lena. "Rättsvetenskapliga perspektiv". I: SvJT 2004, s. 105–145.
- Peczenik, Aleksander. "Rättsvetenskapens allmänna läror". I: SvJT 2005, s. 249–272.
- Rutberg, Anne, Skog, Rolf. "Det nya koncernbegreppet" I: SvSkT 6–7/1997 s. 571.
- Sandgren, Claes. "Om empiri och rättsvetenskap (del I)". I: JT 1995/96, s. 726–748.
- Sandström, Torsten. "Ansvarsgenombrott mot ett aktiebolags ägare". I: Analys Infotorg, den 6 september 2013.
- Sandström, Torsten. "Ansvarsgenombrott och ABL – ett ordknappt prejudikat". I: Analys Infotorg, den 9 januari.
- Skog, Rolf. "Harmonisering av bolags- och börsrätten inom EU – ny vind i seglen?". I: Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 2001:3 s. 331.
- Stattin, Daniel. "Moderbolags skadeståndsrättsliga ansvar i koncernförhållanden". I: SvJT 1999 s. 873–902.
- Strömholm, Stig. "Användning av utländskt material i juridiska monografier – några anteckningar och förslag". I: SvJT 1971 s. 251–263.

Elektroniska källor

Andersson, Johansson, Skog, *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap. 3 §*. Zeteo 2015-01-01. Hämtad 2016-05-23.

Bert Lehrberg Affärsjuridik. *Aktieägares ansvar för informella direktiv*. Från: <http://bertlehrberg.se/artiklar/aktieagares-ansvar-for-informella-direktiv/>. Hämtad 2016-04-28.

Europeiska kommissionen. *Faktablad om kommissionens arbete*. Från: http://ec.europa.eu/atwork/index_sv.htm. Hämtad 2016-05-21.

Faktablad om Europeiska unionen. *Bolagsrätt*. Från: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/sv/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.3.html. Hämtad 2016-03-22.

Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (Romfördraget). Från: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=SV>. Hämtad 2016-05-15.

Nerep, Adestam och Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 3 §*, Lexino 2015-09-22. Hämtad 2016-05-21.

Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 1 kap. 11 §*, Lexino 2013-02-01. Hämtad 2016-05-21.

Nerep, Samuelsson, *Aktiebolagslag (2005:551) 29 kap. 3 §*, Lexino 2013-02-01. Hämtad 2016-05-21.

Referat från nordiskt juristmöte. *Kodifiering av koncernrätten*. Från: http://jura.ku.dk/njm/34/34_01.pdf. Hämtad 2016-05-21. [cit.: referat, nordiskt juristmöte].

Uttalanden från nordiskt juristmöte. *Kodifiering av koncernrätten*. Från http://jura.ku.dk/njm/34/34_02.pdf. Hämtad 2016-05-21. [cit.: uttalande, nordiskt juristmöte].

Yttrande från Kommissionen. *Com(93).632*. Från: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0632&qid=1463311880329&from=SV>. Hämtad 2016-05-20. [cit.: Com(93).632.].

Rättsfallsförteckning

Svensk rätt

Högsta domstolen

NJA 1878 s. 49
NJA 1924 s. 186
NJA 1935 s. 81
NJA 1942 s. 473
NJA 1947 s. 647
NJA 1967 s. 313
NJA 1975 s. 45
NJA 1982 s. 244
NJA 1992 s. 375
NJA 1997 s. 418
NJA 2000 s. 404
NJA 2014 s. 877

Hovrätten

T-205/86
T-2006/87
T 3030-13.
RH 2011:24

Tingsrätten

T 12533-11

Miljööverdomstolen

MÖD 2013:28

Utländsk rätt

Salomon v. A. Salomon, [1987] A.C. 22, HL.

Court of cassation, Criminal Chamber, 4 february 1985, Rozenblum and Allouche, D. 1985, p. 478, n.