

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

INNEHÅLLSFÖRTECKNING.....	0
FÖRKORTNINGAR.....	8
SAMMANFATTNING.....	9
I INLEDNING.....	11
1 PROBLEMETS NATUR.....	11
2 UPPSATSENS SYFTEN.....	12
3 METOD.....	12
4 AVGRÄNSNINGAR.....	12
5 DISPOSITION.....	13
II KONCERNRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER.....	14
1 INLEDNING OCH BAKGRUND.....	14
2 AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER.....	14
2.1 AKTIEBOLAGET SOM SEPARAT JURIDISK PERSON.....	14
2.2 AKTIEÄGARES FRIHET FRÅN PERSONLIGT ANSVAR (1:1 ABL).....	14
2.3 INDIVIDUELL VINSTGENERERING (12:1 2 ST. ABL).....	15
2.4 SAMMANFATTNING.....	16
3 MOTIV TILL KONCERNBILDNING.....	16
3.1 SAMORDNING OCH RATIONALISERING.....	16
3.2 KONTROLL.....	16
3.3 RISKSPRIDNING.....	16
3.4 SJÄLVSTÄNDIGHET.....	17
3.5 NÅGRA ANDRA VANLIGA SKÅL.....	17
4 OLIKA KONCERNBILDNINGAR OCH KONCERNDEFINITIONER.....	17
4.1 INLEDNING.....	17
4.2 ÅKTA /OÅKTA KONCERN.....	17
4.3 HELÅGD / DELÅGD KONCERN.....	18
4.4 DET AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA KONCERNBEGREPPET (1:5 ABL).....	18
4.5 KONKURSRÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ KONCERNEN (4:3 KL).....	20
4.6 SKATTERÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ KONCERNEN (35:2 IL KONCERNBIDRAG).....	22
4.7 I KONCERNBEGREPPENS GRÅNSLAND.....	23
III KONTROLLEN OCH ANSVARET.....	25
1 INLEDNING.....	25
1.1 RÅTTSEKONOMISK BAKGRUND.....	25
1.2 DEN INRE OCH DEN YTTRE SFÅREN.....	25
1.3 DEN VIDARE DISPOSITIONEN.....	26
2 INTRESSEKONFLIKTENS KARAKTÅR INOM DEN INRE SFÅREN.....	26
3 DEN AKTIEBOLAGSRÅTTSLIGA RAMEN.....	27
3.1 AKTIEÅGÅRSKYDDANDE REGLER.....	27
3.1.1 Inledning.....	27

3.1.2	<i>Karaktären hos den organisatoriska regleringen i ABL</i>	28
3.1.3	<i>Den organisatoriska regleringen i ABL i förhållande till avtal och annan reglering</i>	30
3.2	LEDNINGSORGANEN I ABL.....	30
3.2.1	<i>Inledning</i>	30
3.2.2	<i>Bolagsstämma</i>	31
3.2.3	<i>Styrelse</i>	32
3.2.4	<i>Verkställande Direktör</i>	33
3.3	LEDNINGENS LYDNADS- OCH LOJALITETSPLIKT	33
3.3.1	<i>Inledning</i>	33
3.3.2	<i>Direktiv från överordnat bolagsorgan</i>	34
3.3.3	<i>Sammanfattning</i>	35
3.4	LEDNINGENS SKADESTÅNDSANSVAR	36
3.4.1	<i>Inledning</i>	36
3.4.2	<i>Gränserna för ansvar enligt 15 kap. ABL</i>	36
3.5	LOJALITETSPLIKTEN OCH SKADESTÅNDSANSVARET	39
4	INRÄTTANDE AV EN KONCERNLEDNING	39
4.1	INLEDNING	39
4.2	SÄRSKILDA INTRESSEKONFLIKTER I KONCERNENS INRE SFÄR	40
4.2.1	<i>En utvidgning av den inre sfären</i>	40
4.2.2	<i>Intressekonflikten moderbolagets aktieägare – dotterbolagsledning</i>	40
4.2.3	<i>Intressekonflikten koncernledning – dotterbolagsledning</i>	41
4.3	UTGÅNGSPUNKTEN ÄR MODERBOLAGETS ÄGARMAKT.....	41
4.4	KONCERNLEDNINGENS LEGITIMITET.....	41
4.4.1	<i>Uttryckliga Regler saknas i ABL</i>	41
4.4.2	<i>Legitimitet enligt ABL?</i>	41
4.4.3	<i>Legitimitet genom delegering?</i>	43
4.5	KONCERNLEDNINGENS MÖJLIGHETER ATT UTÖVA INFLYTTANDE ÖVER KONCERNBOLAGEN	44
4.5.1	<i>Kompetensen vid delegering</i>	44
4.5.2	<i>Inflytande genom upprättande av dubbla lojaliteter</i>	45
4.5.2.1	Kompetens genom annan bakomliggande organställning.....	45
4.5.2.1.1	<i>Inledning</i>	45
4.5.2.1.2	Exempel från börsnoterade koncerner	45
Presentation av undersökningen	45	
Organställning i moderbolaget och representant i koncernledningen	45	
Organställning i dotterbolaget och representant i koncernledningen	46	
Slutsatser av undersökningen.....	46	
4.5.2.1.3	Den legala innebörden av en bakomliggande organställning	46
4.5.2.1.4	De reella effekterna av en bakomliggande organställning	48
4.5.2.2	Inflytande genom identiskt ställföreträdarskap.....	48
4.5.2.2.1	<i>Inledning</i>	48
4.5.2.2.2	<i>Vad inryms i termen ”identiskt ställföreträdarskap”?</i>	48
4.5.2.2.3	Exempel från börsnoterade koncerner	49
Presentation av undersökningen	49	
Presentation av några undersökta koncerner.....	49	
4.5.2.2.4	Legala grunder för och effekter av identiskt ställföreträdarskap	50
4.5.2.3	Andra sätt att skapa dubbla lojaliteter	52
4.5.2.4	Sammanfattande diskussion	53
4.6	DOTTERBOLAGSLEDNINGENS LYDNADS- OCH LOJALITETSPLIKT.....	54
4.6.1	<i>Inledning</i>	54
4.6.2	<i>Koncernlojalitet kontra dotterbolagslojalitet</i>	54
4.7	SKADESTÅNDSRÄTTSLIGA ASPEKTER.....	55
4.7.1	<i>Inledning</i>	55
4.7.2	<i>Allmänt syssломansansvar för koncernledningen</i>	56
4.7.3	<i>Ansvarsfördelningen mellan dotterbolagsledning och koncernledning</i>	57
5	SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER	58
5.1	LOJALITETSPLIKTEN HOS STÄLLFÖRETRÄDARE ENLIGT ABL.....	58
5.2	LOJALITETSPLIKTEN I DOTTERBOLAG I FÖRHÅLLANDE TILL KONCERNLOJALITETEN.....	58
5.3	LOJALITETSPLIKTEN OCH DEN TVINGANDE KÄRNAN I ABL.....	59
5.3.1	<i>Allmänt</i>	59
5.3.2	<i>Begränsad sanktion av den tvingande kärnan</i>	60

5.3.2.1	Inledning.....	60
5.3.2.2	Personligt ansvar för ställföreträdare	60
5.3.2.3	Ansvarsgenombrott	60
IV	VANLIGA KONCERNINTERNA TRANSAKTIONER.....	62
1	INLEDNING OCH AVGRÄNSNING AV AVSNITTET	62
2	KONCERNBIDRAG	62
3	KONCERNLÅN	63
4	BORGEN OCH TREDJEMANSPANT	63
5	BORGENLIKNANDE ÅTAGANDEN MELLAN KONCERNBOLAG.....	64
V	KONCERNTÄNKANDET VID EKONOMISK KRIS.....	66
1	INLEDNING	66
2	INTRESSEKONFLIKTERNA INOM DEN YTTRE SFÄREN.....	66
3	KAPITALSKYDDET I 12 KAP. ABL	67
3.1	INLEDNING	67
3.2	KAPITALSKYDDET I 12 KAP. ABL.....	67
3.2.1	<i>Kapitalskyddet som syfte</i>	67
3.2.2	<i>Vinstutdelning</i>	68
3.2.2.1	Allmän definition	68
3.2.2.1.1	Öppen eller förtäckt vinstutdelning?.....	68
3.2.2.1.2	När föreligger en förtäckt utdelning.....	69
3.2.2.1.3	Rekvisitet ”aktieägare” och NJA 1997 s. 418	70
3.2.2.1.4	Särskilda situationer i koncerner	71
3.2.3	<i>Skyddsregleringen i 12:2 ABL</i>	72
3.2.3.1	Skyddsändamål och skyddssubjekt	72
3.2.3.2	Beloppsregeln.....	73
3.2.3.3	Försiktighetsregeln.....	73
3.2.3.4	Särskilda regler för koncerner	74
3.2.4	<i>Rättsverkan av otillåten vinstutdelning</i>	74
4	SAKRÄTTLIGA ANSPRÅK INOM KONCERNEN.....	75
4.1	INLEDNING OCH AVGRÄNSNING	75
4.2	SAKRÄTTLIGA GRUNDER.....	76
4.2.1	<i>Sakrättsmomentet som intresseavvägning (i den yttre sfären)</i>	76
4.2.1.1	Inledning.....	76
4.2.1.2	Motverkande av skenavtal och efterhandskonstruktioner	76
4.2.1.3	Publicitet.....	77
4.2.2	<i>Närmare om de sakrättsliga momenten</i>	77
4.2.2.1	Inledning.....	77
4.2.2.2	Tradition	77
4.2.2.2.1	När brukas tradition?	77
4.2.2.2.2	Vad krävs för sakrättsligt skydd?.....	78
4.2.2.3	Denuntiation.....	81
4.2.2.3.1	När brukas denuntiation?.....	81
4.2.2.3.2	Denuntiation när tredje man innehar traderbar egendom.....	81
	Överlåtelse	81
	Pantsättning	81
4.2.2.3.3	Vad krävs för sakrättsligt skydd?.....	82
4.3	UPPDRAGSTAGARE OCH STÄLLFÖRETRÄDARE INOM SAKRÄTTEN.....	84
4.3.1	<i>Inledning och begreppsdefinition</i>	84
4.3.2	<i>Behandlingen av ställföreträdare i praxis</i>	85
4.3.2.1	Ställföreträdaren är avtalspart.....	85
4.3.2.1.1	Partsförhållanden	85
4.3.2.1.2	Bolaget överför egendom till ställföreträdaren.....	85

4.3.2.1.3	Ställföreträdaren överför egendom till bolaget.....	86
4.3.2.1.4	Diskussion och slutsatser.....	86
4.3.2.2	Dubbelt ställföreträdarskap.....	87
4.3.2.2.1	Partsförhållanden	87
4.3.2.2.2	Gällande rätt i praxis.....	87
4.3.2.2.3	Diskussion och kommentar	87
4.3.2.3	Vissa andra rättsfall rörande lojalitetskonflikter.....	88
4.3.3	<i>Några teorier om uppdragstagare och ställföreträdare i doktrinen</i>	88
4.3.3.1	Distinktionen självständig- och osjälvständig besittning	88
4.3.3.1.1	Utgångspunkter	88
4.3.3.1.2	Osjälvständig besittning för ställföreträdare?.....	89
4.3.3.1.3	Diskussion och kommentar	89
4.3.3.2	Särskilt om s.k. ”sakrättsligt misstroende”.....	90
4.3.3.2.1	Utgångspunkter	90
4.3.3.2.2	Diskussion och kommentarer	92
4.3.3.3	Kan sakrättsligt misstroende undvikas?.....	93
4.3.3.3.1	Utgångspunkter	93
4.3.3.3.2	Diskussion och kommentar	93
4.3.4	<i>Sammanfattning och slutsatser</i>	93
4.4	SAKRÄTTSLIGT SKYDD VID KONCERNINTERNA TRANSAKTIONER	94
4.4.1	<i>Inledning</i>	94
4.4.2	<i>Doktrinen behandling av koncerninterna transaktioner</i>	95
4.4.2.1	<i>Inledning</i>	95
4.4.2.2	Rättshandlingar från moderbolag till dotterbolag.....	95
4.4.2.2.1	Vanlig bedömning av det sakrättsliga momentet	95
4.4.2.2.2	Särskild bedömning av det sakrättsliga momentet	96
4.4.2.3	Rättshandlingar från dotterbolag till moderbolag.....	97
4.4.2.4	Betydelsen av bruket av identiska ställföreträdare?.....	97
4.4.2.5	Koncerninterna överlåtelser.....	98
4.4.2.5.1	Varför behandlar doktrinen inte överlåtelser?.....	98
4.4.2.5.2	Särskilt om utdelning och koncernbidrag	99
4.4.3	<i>Närmare granskning av doktrinen uttalanden</i>	99
4.4.3.1	<i>Inledning</i>	99
4.4.3.2	En vanlig bedömning av sakrättsliga moment i koncerner?	100
4.4.3.3	Moderbolagets makt över dotterbolagens egendom.....	101
4.4.3.3.1	Utgångspunkter för analysen.....	101
4.4.3.3.2	Inflytande genom identiskt ställföreträdarskap	101
4.4.3.3.3	Moderbolagets faktiska makt	101
4.4.3.3.4	Slutsatser	102
4.4.3.4	Överväganden vid tradition	102
4.4.3.4.1	Allmänna utgångspunkter	102
4.4.3.4.2	Skälen bakom hänvisningar till 12 kap. ABL.....	103
4.4.3.4.3	Betydelsen av skadeståndsskyldighet vid brott mot 12 kap ABL.....	103
Osäkerhet om vi alls kan hänvisa till skadeståndsskyldighet	103	
Skadeståndsskyldighet inträder tidigare	103	
4.4.3.4.4	Betydelsen av att lojalitetsplikten tar över lydnadsplikten	104
4.4.3.4.5	Osäkerhet om när transaktion fullbordas sakrättsligt	105
4.4.3.4.6	12 kap ABL förutsätter sakrättsligt fullbordade transaktioner.....	106
4.4.3.4.7	Sammanfattning och Slutsatser	106
4.4.3.5	Överväganden vid denuntiation.....	107
4.4.3.5.1	<i>Inledning</i>	107
4.4.3.5.2	Denuntiation mellan dotterbolag	107
4.4.3.5.3	Denuntiation från dotterbolag till moderbolag	108
4.4.3.6	Sakrättsligt misstroende inom koncerner?.....	108
4.5	SAMMANFATTNING OCH LÖSNINGSFÖRSLAG	109
4.5.1	<i>Utgångspunkter</i>	109
4.5.2	<i>Betydelsen av identiskt ställföreträdarskap</i>	110
4.5.3	<i>Vad har lojalitetspliktens inträde för betydelse?</i>	111
4.5.4	<i>En helhetsbedömning av de koncerninterna förhållandena avgör?</i>	112
4.5.4.1	Bedömning av normalt förfogande?.....	112
4.5.4.2	Kan ökad betoning av publicitetskravet komma att ske?.....	113
5	KONKURSBOS AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA ÅTERKRAVSMÖJLIGHETER	114
5.1	ÅTERKRAVSMÖJLIGHETER ENLIGT 12:5 ABL?	114
5.1.1	<i>Inledning</i>	114

5.1.2	Talerätten.....	114
5.1.3	Brukande av återbäringsskyldigheten	114
5.1.4	Brukande av bristtäckningsansvaret.....	115
5.1.5	Innebär återbäringsanspråk enligt 12:5 separationsrätt?	116
5.2	ANSVARSGENOMBROTT.....	117
5.2.1	Allmänt.....	117
5.2.2	Allmänna rekvisit för ansvarsgenombrott.....	117
5.2.3	Ansvarsgenombrott i koncerner.....	118
5.2.3.1	Allmänt.....	118
5.2.3.2	Den ekonomiska organisationens betydelse.....	118
5.2.3.3	Särskilt om rekvisitet ”osjälvständighet”.....	119
5.2.3.3.1	Inledning.....	119
5.2.3.3.2	Betydelsen av integrerad organisation av kontroll och ansvar	119
5.2.3.3.3	Särskilt om inverkan av identiskt ställföreträdarskap i koncernen	120
5.2.3.4	Sammanfattning och slutsatser.....	120
5.2.4	1:1 ABL, 12 kap ABL och ansvarsgenombrott.....	121
6	ÅTERVINNINGSGREGLERNA I 4 KAP KL	123
6.1	INLEDNING	123
6.2	SYFTET MED 4 KAP KL	123
6.3	SYSTEMATIKEN I 4 KAP KL	123
6.3.1	Koncernbolaget som separat juridisk person och ”gäldenärsbegreppet”	123
6.3.2	Kopplingen mellan kapitalskyddet i ABL och återvinning i KL	124
6.3.3	Inledande reglering (4:1-4 KL)	124
6.3.4	Materiella återvinningsregler (4:5-4:13 KL).....	125
6.3.4.1	Inledning.....	125
6.3.4.2	Nackdelsrekvisitet.....	125
6.3.4.3	Den allmänna otillbörlighetsregeln 4:5 KL	127
6.3.4.4	4:6 KL.....	128
6.3.4.5	4:8 KL.....	129
6.3.4.6	4:10 KL.....	129
6.3.4.7	4:12 KL.....	130
6.3.5	Kompletterande reglering (4:14-21 KL).....	130
6.4	GRÄNSERNA I KL.....	131
7	KONCERNINTRESSETS INVERKAN PÅ KONKURSBOETS ÅTERKRAVSMÖJLIGHETER ..	132
7.1	DEN ÖVERGRIPANDE BILDEN.....	132
7.2	FINNS DET UTTRYCK FÖR ETT KONCERNINTRESSE INOM ABL?	132
7.2.1	Koncernintresset och aktieägarskyddet (Den inre sfären)	132
7.2.1.1	Syftena bakom reglerna medger framväxten av ett koncernintresse	132
7.2.1.2	Finns det motiv för en särskild närståendeställning inom koncerner?.....	133
7.2.2	Koncernintresset och borgenärsskyddet i 12:2 ABL (Den yttre sfären)	133
7.2.2.1	Inledning.....	133
7.2.2.2	Rättshandlingar från moderbolag till dotterbolag.....	134
7.2.2.2.1	Inledning.....	134
7.2.2.2.2	Koncernbidrag.....	134
7.2.2.2.3	Borgen och tredjemanspant.....	136
7.2.2.2.4	Övriga transaktioner	137
7.2.2.2.5	Rättshandlingar till förmån för delägt bolag.....	138
7.2.2.3	Rättshandlingar från dotterbolag till moderbolag.....	138
7.2.2.3.1	Inledning.....	138
7.2.2.3.2	Koncernbidrag.....	139
7.2.2.3.3	Borgen och tredjemanspant.....	139
7.2.2.4	Rättshandlingar mellan dotterbolag (systerbolag).....	143
7.2.2.4.1	Inledning.....	143
7.2.2.4.2	Koncernbidrag.....	143
7.2.2.4.3	Borgen och tredjemanspant.....	143
7.2.2.5	Rättshandlingar från dotterbolag till annan än moderbolaget.....	144
7.2.3	Andra rättsliga utgångspunkter.....	145
7.2.3.1	Inledning.....	145
7.2.3.2	Koncernhänsyn i 12:2 ABL.....	145
7.2.3.3	Koncernhänsyn i 12:7 ABL.....	145
7.2.3.4	Sammanfattning	145
7.2.4	Diskussion och slutsatser.....	145

7.2.4.1	Ett koncernintresse för moderbolaget	145
7.2.4.2	Ett koncernintresse för dotterbolaget	146
7.2.5	<i>Konsekvenser av ett koncernintresse inom ABL</i>	147
7.2.5.1	Hänsyn till koncernintresset en form av omvänt ansvarsgenombrott	147
7.2.5.2	Minskat borgenärsskydd inom ABL i koncensammanhang?	147
7.3	FINNS DET UTRYMME FÖR ETT KONCERNINTRESSE I KL?	149
7.3.1	<i>Inledande diskussion</i>	149
7.3.1.1	Betydelsen av ett eventuellt koncernintresse inom ramen för KL	149
7.3.2	<i>Rättsliga utgångspunkter</i>	150
7.3.2.1	Systematiska utgångspunkter	150
7.3.2.2	Nackdelsrekvisitet	150
7.3.2.3	Utrymmet i de objektiva återvinningsreglerna (4:6-13) och deras inledande frister	152
7.3.2.3.1	Inledning	152
7.3.2.3.2	4:6 KL	152
7.3.2.3.3	4:8 KL	153
7.3.2.4	Kan ett koncernintresse beaktas inom fristerna för närstående	153
7.3.2.4.1	Insolvskriteriet	153
7.3.2.4.2	Insufficienskriteriet	153
7.3.2.5	4:18 KL	154
7.3.3	<i>Sammanfattning av problematiken</i>	154
VI	SLUTSATSER	156
1	INTEGRERINGSPROCESSEN OCH DE ÖVERGRIPANDE PROBLEMEN	156
2	VIKTEN AV ATT OBALANSERNA IDENTIFIERAS	156
2.1	REGLERINGEN OCH INTRESSEKONFLIKTERNA I KONCERNEN	156
2.2	OBALANSEN OCH ABL	157
2.2.1	<i>Obalansen i organisatoriskt hänseende (i den inre sfären)</i>	157
2.2.2	<i>Obalansen i ekonomiskt hänseende (i den yttre sfären)</i>	158
2.3	OBALANSEN OCH 4 KAP KL	159
2.4	OBALANSEN OCH SAKRÄTTEN	159
2.5	SAMMANFATTNING AV PROBLEMATIKEN	161
3	DISKUSSION KRING OLIKA LÖSNINGSFÖRSLAG	161
3.1	INLEDNING	161
3.2	UNDANTAG I 1:1 ABL FÖR KONCERNER?	162
3.2.1	<i>Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter</i>	162
3.2.1.1	De allmänna effekterna	162
3.2.1.2	Nytt koncernbegrepp i 1:5 krävs	163
3.2.1.3	Nya regler krävs vid koncernbildning genom uppköp	164
3.2.1.4	Ändringar inom regleringen i KL?	164
3.2.2	<i>Sakrättsliga aspekter</i>	164
3.2.3	<i>Sammanfattande synpunkter</i>	165
3.3	BESLUTSTILLRÅKNANDE INOM KONCERNEN?	165
3.3.1	<i>Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter</i>	165
3.3.2	<i>Sakrättsliga aspekter</i>	167
3.3.3	<i>Sammanfattande synpunkter</i>	167
3.4	UTÖKNING AV KONCERNHÄNSYEN I 12:2 ABL	167
3.4.1	<i>Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter</i>	167
3.4.2	<i>Sakrättsliga aspekter</i>	167
3.5	UTVIDGNING AV TEORIN OM ANSVARSGENOMBROTT	168
3.5.1	<i>Utgångspunkter</i>	168
3.5.2	<i>Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter</i>	168
3.5.3	<i>Sakrättsliga aspekter</i>	168
VII	KÄLLFÖRTECKNING	170
1	HÄNVISNINGSTEKNIK	170
2	EU DIREKTIV	170

3	LAGAR.....	170
4	FÖRARBETEN	170
4.1	PROPOSITIONER.....	170
4.2	STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR.....	171
5	RÄTTSPRAXIS.....	171
5.1	HÖGSTA DOMSTOLEN.....	171
5.2	HOVRÄTT	171
5.3	TINGSRÄTT	171
5.4	ÖVRIG RÄTTSPRAXIS.....	171
5.5	SKILJEDOM	172
6	DOKTRIN	172
6.1	ARTIKLAR	172
6.2	ÖVRIGA VERK	172
6.3	KONTAKTER.....	174

FÖRKORTNINGAR

ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
AC	Ackordcentralen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
BrB	Brottsbalken
DB	Dotterbolag
EG	Europeiska Gemenskapen
FAR	Föreningen Auktoriserade Revisorer
FJFT	Juridiska Föreningens i Finland tidskrift
G	Gäldenär
HB	Handelsbalken
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
IL	Inkomstskattelagen (1999:1229)
JT	Juridisk Tidskrift
JustR	Justitieråd
KommL	Lag (1914:45) om kommission
KL	Konkurslag (1987:672)
LKF	Lag (1998:1479) om kontoföring av finansiella institut
LkL	Lag (1845:50) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (Lösöreköplagen).
MB	Moderbolag
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
PH	Panthavare
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RH	Rättsfall från hovrätten
RIC	Rättsinformation C
SFS	Svensk författningssamling
SkbrL	Lag (1936:81) om skuldebrev
SOU	Statens offentliga utredningar
STIM	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
SvJT	Svensk Juristtidning
SvSKT	Svensk Skattetidskrift
TM	Tredje man
TR	Tingsrätten
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

SAMMANFATTNING

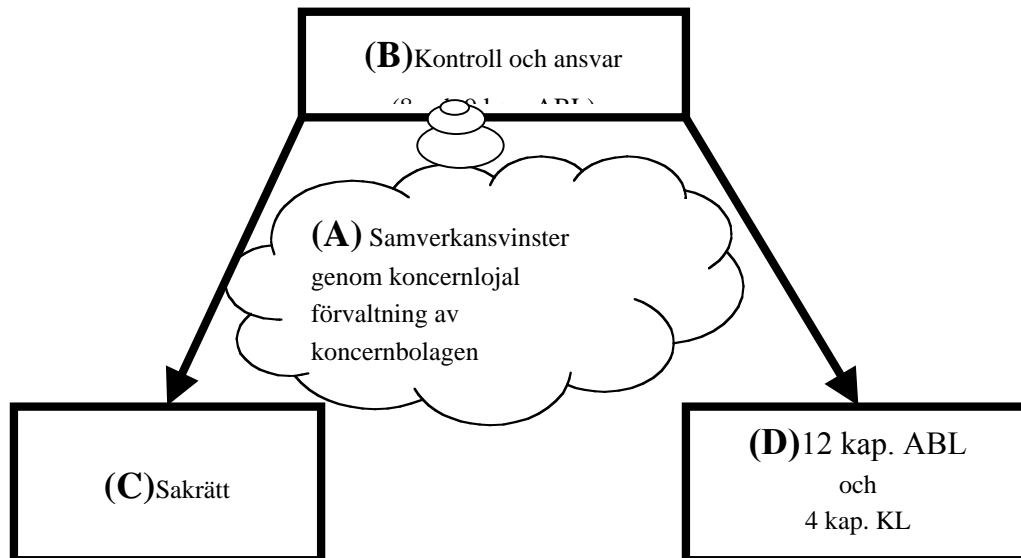
Vid resonemang kring koncernbildningar är det viktigt att motiven bakom dessa beaktas. Härvid framträder skapandet av samverkansvinster som särskilt viktigt. En huvudfråga blir alltså: Hur skall vi organisera produktionen i koncernen så att vi utnyttjar tillgängliga resurser maximalt. En viktig förutsättningen för att uppnå detta är givetvis att bolagen agerar efter en övergripande koncernstrategi d.v.s. i koncernens intresse. Detta förutsätter kontroll. *se fig. på nästa sida punkt (A)*.

I *organisatoriskt hänseende (se fig. på nästa sida punkt (B))* är utgångspunkten att integrering skall kunna ske i stort sett obehindrat om samtliga aktieägare godtar detta. Moderbolaget har en rad strategier för att uppnå kontroll. En sådan integrering sker i enlighet med *aktieägarnas intresse* av kontroll. Samtidigt har vi sett att det inte existerar någon reell möjlighet att helt förflytta ansvaret från respektive koncernbolags ledning. Det fragment av självständighet i organisatoriskt hänseende som i praktiken kommer att kvarstå hos respektive bolag är således lojalitetsplikten för ledningen mot det egna bolaget.

Detta förhållande medför väl i sig inga särskilda problem i den dagliga förvaltningen, men vad sker i när koncernbolag kommer på obestånd och bolagets tillgångar skall kartläggas. Konkursförvaltaren har därmed att söka utreda vilka tillgångar som verkligen kan anses finnas i varje bolag. Instrumenten för detta arbete består i de sakrättsliga reglerna följt av möjligheterna att återkräva egendom enligt 12:5 ABL och 4 kap. KL.

Den här situationen där fristående ekonomiska enheter som är, i hög grad, organisatoriskt integrerade rättshandlar sinsemellan medför att vi ställs inför stora *sakrättsliga problem (se fig. på nästa sida punkt (C))*. Inom ramen för de traditionella sakrättsliga momenten förutsätts nämligen närmast att den ekonomiska självständigheten motsvaras av självständighet i kontrollhänseende, d.v.s. organisatorisk självständighet. P.g.a. karaktären hos den organisatoriska regleringen i ABL är detta dock, som vi sett, inte nödvändigtvis fallet. Frågan som måste besvaras är alltså när vi kan anse att moderbolagets rådighet över dotterbolagens egendom är avskuren.

I *ekonomiskt hänseende (se fig. på nästa sida punkt (D))* är utgångspunkten alltså att varje koncernbolags tillgångar utgör en självständig förmögenhetsmassa. Varje enskilt koncernbolag utgör en juridisk person. Huvudprincipen är således att integrering, i ekonomiskt hänseende, inte skall vara möjligt annat än inom ramen för reglerna i 12 kap ABL. En yttre gräns, vid obestånd, utgör också återvinningsreglerna i 4 kap. KL. Samtidigt som moderbolagets ledning vill uppnå en effektiv kontroll vill man emellertid inte riskera att förlora riskspridningen som den juridiska självständigheten hos varje koncernbolag innebär. Men om de formellt självständiga bolagen i princip helt styrs av moderbolagets ledning och agerar främst i koncernens intresse får detta oundvikligen även effekter på den ekonomiska samverkan i koncernen. I detta skede finns det risk för att aktieägarens (moderbolagets) intresse av att driva bolagen enligt en övergripande koncernstrategi kommer i konflikt med borgenärernas intresse av att varje bolags tillgångar skall skyddas. Frågor som måste undersökas blir därmed gränserna för koncernbolagets möjligheter att föra tillgångar mellan sig i koncernens intresse. Härvid skall vi se att borgenärernas intressen i viss mån åsidosätts genom bl.a. värdeökningsteorin, hänsynen till ett koncernintresse inom ABL och KL. Återkravsmöjligheterna i 12:5 ABL inskränks genom dessa faktorer. De obalanser som uppkommer återspeglas också, i hög grad, inom ramen för möjligheterna till återvinning i 4 kap. KL.



Syftet med skissen ovan är främst att visa på relationerna mellan de olika problemområden som vi skall analysera i det följande. Reglernas innebörd kan mycket kortfattat och generellt sägas ha följande funktioner i det övergripande systemet:

Rättsområde	Funktion
(B) Kontroll och ansvar:	Reglerar möjligheten till koncernlojala beslut.
(C) Sakrätt:	Reglerar risken för koncernlojala beslut
(D) 12 kap. ABL och 4 kap. KL:	Uppställer gränser och anger effekterna av koncernlojala beslut

I INLEDNING

1 Problemets natur

Att ändrade beteenden ofta medför nya problem är knappast något nytt fenomen. I synnerhet torde detta vara vardagen för samhällsinstitutioner som avser reglera dessa. En ständigt ny flora av beteenden kräver motsvarande nya lösningar. I dagens marknadsekonomier ligger som bekant den centrala fokuseringen inom näringslivet på effektivitet och konkurrenskraft. Här ligger ett incitament att uppnå storskaliga resurssnåla produktionsapparater. Detta har lett till att aktiebolagsformen brukas på nya sätt. Moderbolag med en mängd dotterbolag bildar tillsammans koncerner. Detta skapar emellertid problem när lagstiftningen synes skapad, i första hand, för separata fristående aktiebolag ägda av fysiska personer. Vad händer när ett bolag äger flera andra bolag?

Inledningsvis måste vi närmare granska moderbolagets möjligheter att kontrollera sina dotterbolag. Frågan blir här givetvis inte om kontrollmöjligheter finns utan hur dessa gestaltar sig legalt och praktiskt. *Vilka möjligheter har ett moderbolag att förändra och påverka dotterbolagens och koncernens organisatoriska utseende så att agerande sker i koncernens intresse?* Härvid måste vi granska de organisatoriska reglernas karaktär. Som vi skall se är det emellertid nödvändigt att föra resonemangen längre än till rent juridiska, formella, spörsmål om möjligheterna att åsidosätta ABL. Vi måste gå vidare och söka besvara vilka reella möjligheter moderbolagets ledningsorgan har att styra ledningar i dotterbolagen i den löpande verksamheten. Detta kommer att ge oss en inblick i hur integrerad en koncernorganisation faktiskt ofta kommer vara.

Nästa steg i analysen blir att utreda vilka effekter den integrerade organisationen får när koncernbolag kommer på obestånd. Härvid blir det väsentliga spörsmålet att utreda integreringens ekonomiska återspeglings. Hur påverkas möjligheterna att organisera tillgångarna av bolagets koncerntillhörighet? Kommer möjligen koncernens tillgångar och skulder att organiseras efter vad som är bäst för koncernen och inte nödvändigtvis efter vad som är bäst för det enskilda koncernbolaget för att t.ex. uppnå samverkansvinster? *En sådan närmast altruistisk inriktning koncernbolagen emellan utgör ju ingen förlust för det ägande moderbolaget, eftersom moderbolaget i hög grad kontrollerar både det gynnande och det gynnade bolaget.*

Situationen för borgenärerna är emellertid en helt annan. Detta ser vi om vi jämför den här diskuterade situationen med den maktbalans som råder mellan fristående bolag, där på samma sätt som inom en koncern, gynnande kan ske bolagen emellan för att uppnå kommersiella fördelar. Här märker vi dock att situationerna skiljer sig något. *De fristående bolagens ägare måste vara mer balanserade i sitt gynnande, än vad moderbolaget inom en koncern behöver vara.* Mellan fristående bolag finns ju inte samma kontroll gentemot en gynnad medkontrahent som i en koncern där moderbolaget innehar betydande inflytande så som ägare. Vid transaktioner mellan fristående bolag har därmed borgenärerna i det gynnande bolaget en starkare ställning än vid samma förfaranden i en koncern. *Aktieägares och borgenärers intressen sammanfaller i viss mån p.g.a. att de båda bara har en juridisk person att hålla sig till.* När balansen mellan fristående bolag ersätts med kontroll hos moderbolaget kommer emellertid aktieägarintresse och borgenärsintresse inte längre att balanseras.

Både ABL och KL synes utgå från att aktiebolag är fristående bolag och inte integrerade delar i en koncern, när aktieägarnas frihet från ansvar, borgenärernas kapitalskydd och återvinning regleras. Inom ramen för både ABL och KL medför detta en risk för att aktieägarnas intresse kan utvecklas på borgenärernas bekostnad. Även det sakrättsliga regelsystemet utgår från aktuella parter självständighet och möjlighet att tillvarata sina egna intressen. Inom ramen för sakrätten uppstår därför frågan huruvida det är möjligt för

organisatoriskt och ekonomiskt integrerade koncernbolag att uppnå sakrättsligt skydd vid koncerninterna transaktioner.

2 Uppsatsens syften

Syftet med det här arbete är att genomföra en ingående analys över det problemkomplex vi kortfattat har beskrivit ovan. Avsikten är alltså att visa på de särskilda problem som uppstår när ett konkursbo avser återkräva egendom vid koncerninterna transaktioner. *Målsättningen är att visa på hur en utpräglad integrering av organisation och ekonomi inom koncernen får följdproblem inom ramen för sakrätten, kapitalskyddet i 12 kap. ABL och återvinningsmöjligheterna i 4 kap. KL.* Vi avser att utreda följande huvudfrågor:

1. Hur ser möjligheterna och strategierna ut när ett moderbolag söker realisera sitt kontrollbehov inom koncernen och vad har detta för effekter i legalt hänseende för ledningsorganen i dotterbolagen?
2. Uppstår det särskilda sakrättsliga problem vid koncerninterna transaktioner, hur ser dessa i så fall ut och medger gällande rätt några lösningar på problemen?
3. Existerar det något utrymme för att beakta den särskilda situationen i koncernen och ett särskilt koncernintresse mellan koncernbolag inom ramen för bedömning av transaktioner i ABL och KL och vilka effekter har ett sådana hänsynstagande på intressebalansen mellan aktieägare och borgenärer?

Rättsosäkerheten är stor inom flera av de frågor som skall analyseras i det följande och behandlingen i gällande rätt är i vissa avseenden mycket sparsam. Detta medför att en rimlig målsättning knappast är att erbjuda några fullständiga svar eller lösningar på frågorna. *Vår målsättning är snarare att försöka kast ljus över ämnet genom att peka på problem, formulera frågor och försöka utvärdera eventuella lösningar.* Fullständiga svar torde vi endast kunna få genom ny lagstiftning eller praxis.

3 Metod

För att uppnå syftena ovan kommer vi använda oss av en rättsområdesöverskridande jämförelse mellan sakrätt, kapitalskydd i ABL och återvinning i KL. Skälet till detta är att bedömningarna enligt samtliga dessa rättsområden normalt aktualiseras samtidigt d.v.s. i koncernbolagets konkurs. Dessutom aktualiseras samma grundproblem inom de angivna områdena: Vilka effekter har den särskilda närståendesituationen mellan koncernbolag vid en obeståndssituation? Vidare är bedömningarna av transaktioner, enligt angivna områden, delar i samma övergripande process, nämligen att fastställa ett konkursbos egendomsmassa. Detta innebär att inget av respektive område kan ses isolerat, utan svaret på frågan om en rättshandling kan återkrävas till konkursboet eller ej kan endast nås genom en övergripande analys av de tre angivna områdena.

Metoden kan tyckas självklar, men faktum är att doktrinen i det närmaste helt saknar sådana jämförande beskrivningar. Detta förvånar oss något mot bakgrund av att konkursförvaltare, vid utredningar om återkravsmöjligheter, t.ex. ofta väljer KL före ABL med motiveringen att ABL anses vara besvärligare att använda. Det torde därför finnas ett reellt behov av dylik analys. Hur skall vi annars på ett adekvat och kostnadseffektivt sätt kunna utvärdera en transaktions eventuella angripbarhet.

4 Avgränsningar

Uppsatsen skall i det följande behandla moderbolagets kontrollmöjligheter och dess inverkan när definition skall ske av konkursdrabbat koncernbolags tillgångar. Härvid aktualiseras sakrättsliga aspekter och återkravsmöjligheter genom 12 kap. ABL och 4 kap. KL.

Inom ramen för behandlingen av ABL och KL avgränsar vi oss främst till frågor kring transaktioner som aktualiserar resonemang kring ett koncernintresse och dess eventuella effekter mot konkursgäldenärens borgenärer. Vi avser här främst att koncentrera oss på ett koncernintresse i form av ett positivt värde, för koncernbolagen, snarare än ett negativt. Vidare avser vi i detta sammanhang att fokusera på förhållanden inom helägda koncerner som enbart består av aktiebolag.

Vi kommer i det följande enbart att behandla sakrättsliga, aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter av konkursboets återkravsmöjligheter och avser ej att närmare analysera återkravsmöjligheter på rent avtalsrättsliga

grunder. Vidare inskränker vi den aktiebolagsrättsliga behandlingen till främst 12 kap och implikationer vid ansvarsgenombrott. Således faller spörsmål kring t.ex. återkravsmöjligheter p.g.a. brott mot likvidationsplikten i 13:2 ABL. Ansvarsproblematik som uppkommer i tillämpningen av 15 kap. ABL kommer enbart att behandlas i syfte att visa på de legala effekterna av en utpräglat integrerad koncernorganisation för dotterbolags ledningsorgan.

5 Disposition

Uppsatsen kommer att struktureras så att vi i avdelning II skall ta upp utgångspunkterna för analysen av koncernen som rättsfigur. Härvid skall vi närmare behandla de grundläggande reglerna för bolagens inbördes förhållanden i ABL, några viktiga motiv bakom den vanliga förekomsten av koncerner samt koncerndefinitionerna i gällande rätt. Därefter skall vi i avdelning III ingående analysera moderbolagets legala och faktiska möjligheter att genom t.ex. tillsättande av en koncernledning söka åstadkomma kontroll över dotterbolagen förvaltning inom koncernen samt de effekter realiserandet av dessa möjligheter har på dotterbolagens självständighet. Vi erhåller därmed inblick i vilka omständigheter som ligger bakom t.ex. koncerninterna omstruktureringsåtgärder och avdelning (IV) skall därför tillägnas just en inblick i några av de instrument som finns till hands för sådana åtgärder. Insikten om strukturerna hos olika koncerninterna transaktioner leder oss därefter i avdelning V in på de särskilda problem och effekter som dessa åtgärder kan ha när koncernbolag hamnar i ekonomisk kris. Avdelningen inleds med en redogörelse för de grundläggande legala gränserna för just dessa åtgärder i 12 kap. ABL (avsnitt V.3) varefter vi i tur och ordning skall gå igenom just de kritiska punkterna för att fastställa konkursboets förmögenhetsmassa. Härvid inleder vi med de särskilda sakrättsliga aspekterna inom koncerner i avsnitt V.4 Därefter analyseras möjligheterna för konkursboet att återkräva egendom dels enligt ABL (avsnitt V.5), dels enligt KL (avsnitt V.6). I avdelning VI skall vi sedan avslutningsvis försöka att ge en helhetsbild över de problem vi konfronterats med i framställningen och visa på nödvändigheten av just ett sådant perspektiv vid resonemang kring lösningsförslag. Vi skall även konkret analysera några olika lösningar på de obalanser vi uppmärksammat varvid vi anlägger ett framtidsperspektiv i resonemangen.

II KONCERNRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

1 Inledning och bakgrund

Konstruktioner av bolagsförhållanden via koncernbildning uppmärksammades av lagstiftaren först i 1944 års aktiebolagslag.¹ I denna infördes en koncerndefinition, regler om koncernredovisning och koncernhänsyn vid vinstutdelning i moderbolag. En betydande anledning till detta var givetvis den mycket omfattande Kreugerkraschen under 30-talets början. En annan anledning var att antalet koncerner ökade snabbt vid denna tid.² I SOU 1941:9 uttalades att "...blivit allt vanligare, att ett ekonomiskt företag uppbygges såsom en s. k. *koncern*."³ Även i dagsläget består den associationsrättsliga regleringen för koncerner främst av stadganden införda i ABL. Denna reglering kompletteras sedan av regler för bl.a. koncernredovisning i ÅRL.⁴ Någon särskild allomfattande koncernlagstiftning finns alltså inte i svensk rätt.⁵

I detta avsnitt skall vi inleda med att kort redogöra för de aktiebolagsrättsliga grundprinciperna i ABL. Därefter skall vi se något på de företagsekonomiska skäl som medfört att koncernbildning blivit så vanligt förekommande i näringslivet. Vad är det som motiverar att koncernbildningarna ökade med 2 680 koncerner till totalt ca. 19 330 i Sverige åren 1995 och 1996?⁶ Efter denna överblick går vi vidare för att se på koncernbegreppet i en rättsområdesöverskridande analys. Vi inleder med en presentation av 1:5 ABL, för att gå vidare och se på konkursrättsliga och vissa skatterättsliga aspekter på koncernbegreppet. Att ha förståelse för dessa olika vinklingar är av stor betydelse när vi senare granskar koncerninterna transaktioner och återkravsmöjligheterna i en obeståndssituation.

2 Aktiebolagsrättsliga utgångspunkter

2.1 Aktiebolaget som separat juridisk person

I allmänhet utgår ABL från att varje aktiebolag utgör en separat juridisk enhet.⁷ Varje aktiebolag kan ha rättigheter, ådra sig skyldigheter och driva sina egna processer (2:13 ABL *e'contrario*).⁸ Separationen från ägarna medför konsekvensen att ett bolag alltid är skilt från ett annat oavsett om det ena äger det andra. Ett moderbolag är alltså skilt från sina dotterbolag. Motiven uttrycker saken så att "...aktiebolaget är ett ekonomiskt och juridiskt självständigt företag."⁹

2.2 Aktieägares frihet från personligt ansvar (1:1 ABL)

Aktiebolagsformen utgör en s.k. kapitalassociation, d.v.s. den möjliggör betydande kapital- och ägarspridning och är på så vis väl anpassad för att bedriva omfattande näringsverksamhet. 1:1 1 st. ABL stadgar att delägarna i ett aktiebolag ej ansvarar personligen för bolagets förpliktelser.¹⁰ Således har bolagets borgenärer att hålla sig till det kapital som finns i aktiebolaget och kan ej söka betalning utanför detta t.ex. hos ett ägande moderbolag.¹¹

Principen om aktieägares frihet från personligt ansvar gäller även inom helägda koncerner. Att dotterbolag i denna situation ofta enbart har en aktieägare (moderbolaget) ändrar inte detta. Den begränsade ansvarigheten är

¹ Se Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 263m, Moberg s. 39n f.

² Se Moberg s. 55x, Rodhe Aktiebolagsrätt, s. 262x.

³ Se SOU 1941:9 s. 19x.

⁴ Se 1:1 1 st. 1 p., 1:4 (koncerndefinition motsvarande 1:5 ABL), 7:1 (koncernredovisning) ÅRL:

⁵ Se Moberg s. 17y, 56x. Jfr Borgström s. 33.

⁶ Källa: Koncernregistret mars 1996, SCB.

⁷ Se Folkesson s. 178x, Moberg s. 25m, Kedner, Roos, Skog I s. 71x, Borgström s. 22x.

⁸ Se Nial, Johansson s. 72m, Bergström, Samuelsson s. 55x f, Moberg s. 13n.

⁹ Se Prop. 1975:103 s 276m.

¹⁰ Se Kedner, Roos, Skog I s. 15y f, Folkesson s. 59ö, Nial, Johansson s. 44m.

¹¹ Se, Moberg s. 13y f.

ej beroende av ägarstrukturen.¹² Att så är fallet bygger delvis på att aktiebolag, som vi ovan fastställt, s.a.s. per definition, agerar som separata juridiska personer.

Vad innebär då denna huvudregel? Om aktiebolaget ej tillförs något kapital eller detta snabbt kan föras ut från bolaget blir situationen naturligtvis ohållbar för borgenärerna.¹³ *Det synes som om lagstiftaren söker bilda en slags jämviktssituation mellan aktieägare och borgenärer.*¹⁴ Jämvikten består i att aktieägarna för att bilda ett aktiebolag bl.a. måste skjuta till visst kapital och iakttä regler för kapitalets användning, samtidigt som borgenärerna kan lita på att reglerna faktiskt iakttagits när en association betecknar sig som aktiebolag.¹⁵ Instrumentet för att uppnå denna jämvikt är alltså främst ABL.¹⁶

2.3 Individuell vinstgenerering (12:1 2 st. ABL)

Eftersom varje bolag utgör separata juridiska enheter skilda från ägarna har det i 12:1 2 st. tagits in en bestämmelse om att aktiebolaget skall antas ha till syfte att bereda sina ägare vinst. Ett avvikande syfte förutsätter att bolagsordningen ändras.¹⁷ Trots att regeln är intagen i 12 kap ABL anses regeln uppställd i syfte att skydda aktieägarna (minoriteten) i bolaget. Av detta anses följa att regeln kan åsidosättas om samtliga aktieägare godtar detta.¹⁸ Nämnas bör också att det är tillåtet att utge vissa allmännyttiga gåvor enligt 12:6.¹⁹

Att "...bolagets verksamhet..." skall syfta till att bereda aktieägarna vinst, anses motsatsvis innebära, att verksamheten inte kan underordnas något däremot *stridande* intresse. Ett sådant kan t.ex. utgöras av ett moderbolags intresse att låta visst dotterbolags verksamhet ligga nere, i koncernens intresse, för att vinstmaximera koncernens verksamhet.²⁰

Stadgandet i 12:1 2 st. kan tyckas vara enkelt att tillämpa. Ofta är så emellertid inte fallet. Lagtexten talar nämligen om att verksamhetens *syfte* skall vara vinstgenerering till aktieägarna. Detta innebär att transaktioner som inte direkt gynnar detta syfte (t.ex. en gåva till en icke aktieägare) synes kunna godtas i viss utsträckning så länge det övergripande *syftet*, att generera vinst till aktieägarna, inte träds förnär.²¹ Verksamhetens *syfte* och *enskilda vederlagsfria transaktioner* måste därför hållas isär.²² En enskild gåvoliknande transaktion kan mycket väl vidtas utan att denna strider mot 12:1 2 st.²³ Endast ett verksamhetsupplägg torde kunna strida mot 12:1 2 st.²⁴ En annan sak är att en enstaka transaktion ofta utgör utdelning och då kan strida mot 12:2.²⁵

¹² Se Rodhe, Balans 9/84 s. 14vx och Moberg s. 40ö.

¹³ Se Rodhe s. 20m.

¹⁴ Se Moberg s. 35y. Här förs ett liknande resonemang om riskfördelning i ABL.

¹⁵ Jfr. 3:9 2 st ABL, 12:1 1 st. ABL.

¹⁶ "Aktiekapitalet fungerar...som ett slags garanti för borgenärerna.". Se Prop. 1975:103 s. 73y.

¹⁷ Jfr. 9:31 1 st 1p ABL.

¹⁸ Se. Rodhe s. 241ö, Kedner, Roos, Skog II s. 94m. Detta torde kunna, i viss mån, ifrågasättas. Ett nytt syfte skall ju införas i bolagsordningen och frågan är då om inte detta krav är absolut. I kravet på notering i bolagsordningen ligger nämligen ett publicitetssyfte (jfr. 18:3 ABL). PRV torde kunna kräva att införande i bolagsordningen sker vid vite enl. 19:2 ABL. Sker ej ändring i bolagsordningen anmäls ju inte heller sådan ändring till PRV för registrering enl. 9:35 ABL. Att det vid visst tillfälle kan accepteras att gåva ges till annan än aktieägare enligt 12:6 (se not 7) är en annan sak. En enstaka *gåva* medför ju inte att *syftet* ändras (även nedan).

¹⁹ Gåva får ges av bolagsstämman om den är skäligen m.h.t. omständigheterna. Beslutar styrelsen skall gåvan vara av "ringa betydelse" för att vara giltig.

²⁰ Se. Folkesson s. 179n f. Härvid är dock att notera att 12:1 2 st anses kunna åsidosättas i helägda koncerner.

²¹ I 12:6 stadgas begränsningen av utgivande av gåva från aktiebolag.

²² Jfr. Byggma Öst-målet där tinsrätten ej beaktade detta. Se även Rodhes kommentar till detta, TSA 1982 s. 55v x.

²³ Det bör noteras att doktrinen inte synes upprätthålla denna distinktion. Se. Lindskog s.28m f Folkesson s. 179y f och Kedner, Roos, Skog s. 93n f.

²⁴ Distinktionen har i nuläget än större relevans tack vare domen NJA 1997 s 418. Här fastslås att även transaktioner till annan än aktieägare kan betraktas som utdelning (jfr. 12:2 som enbart talar om aktieägarna). En sådan transaktion strider klart mot syftet att ge aktieägarna vinst. Trots detta tillämpas i första hand 12:2 ABL och ej 12:1 2 st. (Se Andersson s. 62y). Vidare kan koppling göras till bolagsorganens ansvarighet. Detta anses enbart innefatta uppenbara överträdelse av verksamhetens syfte. (Se Dotevall s. 123ö).

²⁵ Det bör påpekas att föreskrift i bolagsordningen enl. 12:1 2 st ej åsidosätter kraven i 12:2. Lindskog s. 33x.

Till sist skall noteras att en genomförd olovlig vinstutdelning enligt 12:2 ABL normalt inte kan anses missgynna aktieägarna på det sätt som 12:1 2 st. avser. Visserligen har även aktieägare möjlighet att föra talan mot ett sådant beslut men eftersom 12:1 2 st. föreskriver att syftet med verksamheten är att generera vinst till just aktieägarna och detta ju till sist sker genom vinstutdelning torde inte detta stadgande kunna återopas.

2.4 Sammanfattning

Grundprincipen bakom aktiebolagsformen är alltså att detta utgör en juridisk person där ägarna inte är personligt ansvariga för skulderna i verksamheten. Huvudregeln är att ett aktiebolag skall drivas i vinstsyfte för aktieägarna. Karaktären hos aktiebolaget som kapitalassociation medför emellertid även behov av tvingande reglering för bibehållandet av kapital inom bolaget. Genom regler för kapitals tillförande och regler som begränsar t.ex. vinstutdelningars storlek avser ABL skapa en balans mellan aktieägarintresse och borgenärsintresse.

3 Motiv till koncernbildning

3.1 Samordning och rationalisering

Ledordet vid resonemang kring skälen bakom koncernbildningar är givetvis *samordning*; hur skall vi organisera vår produktion så att vi kan utnyttja tillgängliga resurser maximalt.²⁶ Den grundfråga som vi eftersträvar att besvara är alltså hur produktionsenheter bör vara beskaffade för att uppnå detta mål.²⁷ Övervägs övertagande av ett annat aktiebolag får vi överväga om skapande av ett bolag genom fusion är mest effektivt eller om inordnande av verksamheten som ett dotterbolag fyller denna funktion bättre. Detsamma gäller givetvis i den situationen att ett bolags verksamhet växer organiskt. Frågan blir då i vilket skede vi bör genomföra en bolagisering för att uppnå effektivitet. Koncernbildning kan alltså innebära "...att *rationalisering* av vinster hämtas i integration och samordning av tidigare icke storleksmässigt optimala företagsenheter."²⁸

3.2 Kontroll

Som annat viktigt skäl till koncernbildning anförs ofta bolags *expansionssträvanden* resulterar i ett behov av att erhålla kontroll över "...resurser företaget är beroende av för sin produktion."²⁹ Detta kan uppnås om de horisontella avtalen mellan bolag, i alla fall för kärnverksamheten, ersätts med ägande.³⁰ En annan, mer ekonomiskt betingad aspekt, på kontrollmöjligheter ligger i det faktum att koncernbildning kan möjliggöra kontroll över en omfattande verksamhet med liten kapitalinsats.³¹ Ett moderbolag med litet aktiekapital kan ju äga dotterbolag med mycket omfattande resurser.

3.3 Riskspridning

Ett behov av riskspridning kan uppkomma av flera anledningar. Två sådana framstår här som särskilt framträdande; marknadsrisken och verksamhetsrisken. Med *marknadsrisk* avses här de konjunkturella svängningar som förekommer. Genom att sprida ut verksamhet av olika karaktär på särskilda dotterbolag anses koncernens möjligheter att hantera sådana svängningar öka.³² Med *verksamhetsrisk* avser vi främst den risk som ligger i verksamhetens egen livscykel. Skall ett bolag t.ex. inleda ett osäkert forskningsprojekt kan riskerna i

²⁶ Se Borgström s. 26m.

²⁷ Se Larsson Björn, Koncernorganisation. Kontroll och Kompetens. Organisationsformer för koncerner. Research-report EFI/mars 1983, Ekonomiska forskningsinstitutet vid Handelshögskolan i Stockholm, s. 2y.

²⁸ Se Larsson s. 2y.(Vår kursiv) och även Borgström s. 17y. Jfr. Andersen, Paul Krüger, Studier i Dansk koncernret, Jurist- og økonomiforbundets forlag, s. 171m. Vad som kan betraktas som en optimal företagsenhet är givetvis osäkert och det finns här bud hos företagsledare på enheter om allt ifrån 8 personer till 200 personer. För intressanta aspekter kring just optimala bolagsstrategier se Nordström Kjell och Ridderstråle Jonas, Funky Business, BookHouse Publishing 1999 s. 171y, 172x.

²⁹ Se Larsson, Björn s. 2x.

³⁰ Se Borgström s. 17m,

³¹ Se Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 267ö, Larsson Björn s. 3ö.

³² Se Larsson, Björn s. 3m, Andersen s. 171y.

detta minskas genom att projektet drivs i ett eget dotterbolag. På så vis upprättar man ju två juridiska personer och skulle projektet misslyckas kan eventuellt dotterbolaget, utan större inverkan hos moderbolaget, tillåtas gå i konkurs. Även olika typer av *samarbeten* kan med fördel bedrivas inom ramen för dotterbolag. Ett moderbolag kan alltså låta andra intressenter gå in som ägare i ett nybildat dotterbolag utan att maktbalansen i koncernen som helhet rubbas. På så vis kan nytt kapital tillföras samtidigt som vi uppnår minimering av verksamhetsrisken i samarbetet.³³

3.4 *Självständighet*

Ett motiv till att inte bedriva all verksamhet i ett företag kan vara att ökad självständighet i ansvar och ageranden är önskvärt i olika rörelsegrenar. Att dela in verksamheten i dotterbolag kan då vara ett sätt att bättre mäta de olika verksamheternas effektivitet och erhålla mer precis information om eventuella förlustprojekt. Att låta varje dotterbolag erhålla en reglerad självständighet och egna beslutsorgan kan även vara ett steg i för att åstadkomma en mer decentraliserad organisationsstruktur.³⁴ Besluten skall tas där besluten påverkar. På så vis anses engagemanget hos ledning och personal kunna stimuleras.³⁵

Den självständighet som uppnås genom att en större verksamhet delas upp i flera koncernbolag kan även ha fördelarna att varje bolag erhåller en egen identitet på marknaden. Till skillnad från när verksamhet enbart utgjorde en avdelning kommer aktörer på marknaden erkänna och i högre utsträckning respektera ledning och administration.³⁶

3.5 *Några andra vanliga skäl*

I en verksamhet införs ibland dotterbolag för att möjliggöra integrering av nya, för huvudverksamheten, *kompletterande produkter*.³⁷ En bolagisering kan även vara uttryck för planerade ”*avknoppningar*” av verksamheter.³⁸ Ett annat ofta anfört motiv till bibehållande av uppköpta bolag som koncernbolag är vård av t.ex. varumärket och firmanamns renommé.³⁹

4 *Olika koncernbildningar och koncerndefinitioner*

4.1 *Inledning*

Termen koncern används på många och skiftande sätt. Avsikten i detta avsnitt är att dels förklara vad de olika termerna står för, dels att peka på deras inbördes relation till varandra.

4.2 *Äkta /oäkta koncern*

En äkta koncern kännetecknas av att det är ett aktiebolag som äger ett eller flera andra aktiebolag. Det viktiga är alltså att det är ett aktiebolag i toppen. När vi talar i termer av oäkta koncerner avser vi att en fysik person äger ett eller flera företag.⁴⁰ Den grundläggande skillnaden här emellan är att ägaren till en äkta koncern har ett aktiebolag emellan sig och den företagsgrupp som han äger. I en oäkta koncern finns inte detta mellanliggande bolag. Denna olikhet medför i sin tur en mängd olika legala effekter på hur företagsgrupperna hanteras inom t.ex. associationsrättslig- och skatterättsliglagstiftning. Inom ramen för detta arbete kommer vi som ovan nämnts i huvudsak att fokusera på äkta koncerner. När vi talar om koncerner i generella termer avser vi alltså äkta koncerner, om inget annat uttryckligen anges.

³³ Se Larsson, Stig s. 12y.

³⁴ Se Larsson, Stig, Koncernorganisation eller företagssamarbete i nya struktur, FE-Rapport, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, s. 12m, Andersen s. 171n.

³⁵ Se Larsson, Stig s. 10n jfr. Ould s. 3m.

³⁶ Se Ould s. 3m.

³⁷ Se Borgström s. 17y.

³⁸ Se Larsson, Stig s. 12y, Borgström s. 27x.

³⁹ Se Borgström s. 27x.

⁴⁰ Se bl.a. Prop 1975:103 s. 493x. Lodin, Lindencrona, Melz och Silfverberg inkomstskatt II s. 381m.

4.3 *Helägd / delägd koncern*

När vi talar om en helägd koncern avser vi att det är ett moderbolag som äger hela koncernen själv. Av detta följer att när begreppet delägd koncern används avses att de finns mer än en ägare till koncernbolagen. Det är av naturliga skäl först i samband med delägda koncerner som risken finns för intressekonflikter mellan olika aktieägargrupper inom koncernen.

En aktieägares möjlighet till inflyttande över en koncern grundar sig i huvudsak på den rösträtt som är knuten till varje aktie.⁴¹ Makten i ett aktiebolag vilar på majoritetsprincipen. Detta innebär att den eller de som innehar aktiemajoriteten i viss utsträckning kan dominera en minoritet. I syfte att motverka att majoriteten missbrukar sin makt har lagstiftaren "...infört olika former av tvingade minoritetsskyddsregler som inskränker majoritetens handlingsfrihet."⁴² Fokus i detta arbete ligger som nämnts främst på helägda koncerner och vi kommer därför bara i begränsad utsträckning beröra hur förhållandena i delägda koncerner gestaltat sig.

4.4 *Det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet (1:5 ABL)*

Det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet ges i 1:5 ABL. Bakgrunden till dess utformning står att finna i det sjunde bolagsdirektivet det s.k. koncernredovisningsdirektivet.⁴³ EG har inte ställt upp någon allmän bolagsrättslig koncerndefinition men första artikeln i sjunde bolagsdirektivet anger däremot ett antal situationer där företag skall vara skyldiga att upprätta en koncernredovisning.⁴⁴ I och med Sveriges medlemskap i EG blev detta direktiv tvingande för Sverige.⁴⁵ Detta koncernbegrepp har enligt förarbetena också fått genomslag utanför redovisningsområdet av "...rättssystematiska och praktiska skäl...".⁴⁶ Ett exempel på detta är just stadgandet 1:5 i ABL.

Enligt 1:5 ABL är ett aktiebolag moderbolag och en annan juridisk person dotterföretag om aktiebolaget:

1. innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen,
2. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar,
3. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan, eller
4. äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att ensamt utöva ett bestämmande inflytande över denna på grund av avtal med den juridiska personen eller på grund av föreskrift i dess bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar.

Även *indirekta koncernförhållande* regleras i paragrafen. När ett dotterföretag, eller ett moderbolag tillsammans med ett eller flera dotterföretag, eller flera dotterföretag tillsammans har sådana rättigheter som ovan avses i 1-3 över en annan juridisk person, skall även den juridiska personen betraktas som dotterföretag i koncernen. När ett dotterföretag har sådana rättigheter som ovan avses i 4 över en annan juridisk person i vilken det äger aktier eller andelar, är även den juridiska personen anses som dotterföretag i koncernen.

Koncernbegreppet skall enligt propositionen bara omfatta fall där moderbolaget är ett svenskt aktiebolag.⁴⁷ Däremot kan dotterföretagen mycket väl vara utländska juridiska personer.⁴⁸ Dotterföretagen behöver dessutom inte vara ett aktiebolag utan kan vara någon annan form av juridisk person.⁴⁹

Det första koncernkriteriet använder begreppet *innehar* vilket innebär att det formellt inte krävs att innehavaren av rösträtten till aktierna också är ägare av aktierna utan det är tillräckligt att denne innehar aktierna med t.ex.

⁴¹ Enligt 3:1 5 st ABL får inte skillnaden i röstvärde överstiga tio gånger. Detta innebär att det är förbjudet att utge aktier utan rösträtt. Se Prop 1975:103 s. 313x, Kedner, Roos och Skog I s. 81y.

⁴² Se Bergström och Samuelsson s.29ö.

⁴³ Rådets sjunde direktiv betecknas (83/349/EEG).

⁴⁴ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 108n f, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 263m.

⁴⁵ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 109m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 263m.

⁴⁶ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 110m.

⁴⁷ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 110n, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 270x.

⁴⁸ Se Nial och Johansson s. 302m.

⁴⁹ Se Nial och Johansson s. 302m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 266ö. Inom ramen för detta arbete kommer vi som nämnts ovan att främst koncentrera oss på de fall där dotterföretagen utgörs av aktiebolag.

panträtt.⁵⁰ Detta får dock ingen praktisk betydelse för aktier i svenska aktiebolag eftersom det enligt svensk rätt anses råda ett s.k. splittringsförbud.⁵¹ Innebörden av detta är att det anses strida mot grundläggande principer i svensk aktiebolagsrätt att skilja aktier från sin rösträtt. Vid innehav med panträtt stannar därför rösträtten kvar hos aktieägaren och övergår inte till panthavaren.⁵²

Splittringsförbudet torde också medföra att det inte kan anses acceptabelt med en konstruktion där innehavaren av aktier med panträtt även utrustas med en oåterkallelig rösträttsfullmakt.⁵³ Detta gäller alltså som nämnts svenska aktier vilket innebär att ett svenskt aktiebolag måste inneha majoriteten av rösterna för samtliga aktier med äganderätt i ett annat svenskt aktiebolag för att omfattas av första koncernkriteriet. Begreppet innehar kan dock få betydelse för innehav av aktier eller andelar i utländska företag vars rättsordningar accepterar att ägandet och rösträtten skiljs åt på nu nämnda sätt.⁵⁴

Det andra koncernkriteriet kräver att det potentiella moderbolaget faktiskt äger aktierna eller andelarna i den aktuella juridiska personen, utan att för den sakens skull ställa några krav på dess omfattning. Vad som avgör är om denna aktieägare genom ett skriftligt eller muntligt konsortialavtal med de andra ägarna fått kontrollen över majoriteten av rösterna.⁵⁵ Det torde inte anses vara tillräckligt att denna typ av rösträttsavtal enbart stadgar att aktieägarna "...skall samordna sitt röstande.../...eller att en av ägarna i vissa frågor skall kunna diktera övriga ägares röstande..." för att detta koncernkriterium skall vara förhållande.⁵⁶

Det tredje koncernkriteriet ställer även det krav på att det potentiella moderbolaget verkligen äger aktier eller andelar i den aktuella juridiska personen. Inte heller här ställs något krav på att ägandet skall vara av viss storlek. Det avgörande blir i stället om det potentiella moderbolaget har rätt att tillsätta mer än hälften av den aktuella juridiska personens styrelse eller motsvarande ledningsorgan. Denna typ av rättighet kan exempelvis vara stadgad i bolagsordningen.⁵⁷

Det fjärde koncernkriteriet gäller inte mellan svenska bolag. Detta får enbart betydelse när de underordnade bolagen är utländska och deras rättsordningar accepterar dylika avtal eller stadganden i bolagsordningen.⁵⁸ Tyskland utgör ett exempel på ett land där den interna lagstiftning accepterar dylika avtalskoncerner.⁵⁹

Likt de föregående förutsätter fjärde kriteriet att det potentiella moderbolaget faktiskt äger aktier eller andelar i den aktuella juridiska personen. På samma vis som för kriterium två och tre ställs här inga krav på innehavets storlek. Avgörande för att ett koncernförhållande skall grundas på det fjärde kriteriet är att moderbolaget har sitt bestämmande inflyttande p.g.a. avtal med dotterföretaget. Skillnaden mellan den fjärde punkten och den andra punkten ovan är att i den fjärde punkten ingås avtalet med bolaget medan i andra punkten avtalet ingås mellan ägarna till det potentiella dotterbolaget. Fjärde punkten gäller också de fall där det ägande bolaget införts som moderbolag enligt föreskrift i det underordnade bolagets bolagsordning. Denna typ av avtal kan emellertid inte "...göras gällande i svenska aktiebolag...".⁶⁰ Man anser "...enligt svensk rätt att det faller utanför bolagsorganens kompetens att träffa avtal som innebär att de avsäger sig sin beslutanderätt...".⁶¹ Denna typ av

⁵⁰ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 111m, Mahmut Baran s. 587m.

⁵¹ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 111x, Rutberg och Skog s. 575m.

⁵² Se Prop 1995/96:10 Del II s. 111x, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 264m.

⁵³ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 111x, Kedner, Roos och Skog I s. 274y, Rutberg och Skog s. 575x.

⁵⁴ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 111m, Rutberg och Skog s. 575m, Mahmut Baran s. 587m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 264y.

⁵⁵ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 112n, Mahmut Baran s. 587n.

⁵⁶ Se Rutberg och Skog s. 577n f.

⁵⁷ Se Rutberg och Skog s. 578m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265m.

⁵⁸ Se Prop. 1995/96:10 Del II s.112x, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265n., Åhman s. 615m, Rutberg och Skog SvSKT 1997 s. 579ö, Mahmut Baran SvSKT 1997 s. 590x

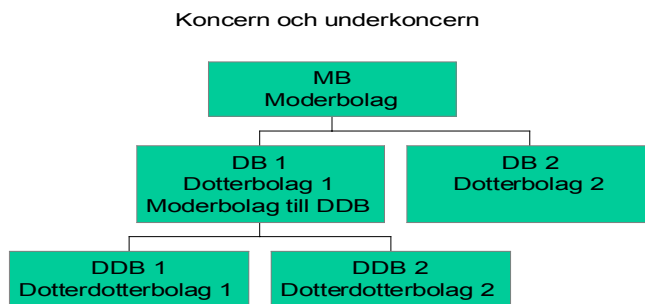
⁵⁹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265y.

⁶⁰ Se Prop 1995/96:10 Del II s. 112x.

⁶¹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265y. Se även Prop 1976/77:137 s. 38x, Prop 1995/96:10 Del II s.112x, Nial FJFT 1973 s. 234y, Åhman s. 594nff, 615m, 645n, Rutberg och Skog SvSKT 1997 s. 578nf, Mahmut Baran SvSKT 1997 s. 590x

avtalskoncerner kan inte heller bildas genom föreskrifter i ett svensk aktiebolags bolagsordning som innebär att bolagsstämman fräntas beslutanderätten.⁶²

Vad gäller indirekta koncernförhållanden innebär 1:5 2 och 3 st. ABL att man till koncernen också räknar de företag som ett dotterbolag i sin tur själva har inflyttande över enligt kriterierna 1 till 4 ovan. Till dessa fall räknas även de där dotterbolaget tillsammans med sitt moderbolag eller tillsammans med andra dotterbolag har denna typ av inflyttande. De dotterbolag som ensamt kan utöva denna makt utgör i sin tur ett moderbolag i en s.k. underkoncern och deras dotterföretag brukar benämnas dotterdotterbolag i förhållande till det moderbolag som i sin tur enligt kriterierna ovan utövar inflyttande över deras moderbolag.⁶³ Situationen kan illustreras på följande sätt:



Avslutningsvis tänker vi diskutera följande fråga: Innebär det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet att vi kan få en situation där ett och samma dotterföretag ingår i två eller flera helt skilda koncerner? Låt oss ta ett exempel. Om vi tänker oss aktiebolag A innehar 51 procent av aktierna och rösterna i bolag B. Därmed utgör dessa tillsammans en koncern enligt 1:5 1 st. 1p. ABL. Om aktiebolag C innehar de resterande 49 procenten av aktierna och rösterna i bolaget B samtidigt som det förra dessutom har rätt att utse mer än hälften av styrelseledamöterna i det senare utgör även dessa två en koncern enligt 1:5 1 st. 3 p. ABL. Detta innebär alltså att bolaget B är både dotterbolag i en koncern med moderbolag A och i en annan koncern med moderbolaget C. Den fråga som vi får ställa oss är om vi kan tolka 1:5 ABL på detta sätt. Varken själva lagtexten eller dess förarbeten ger oss någon direkt ledning i denna frågan.⁶⁴ Även om ordalydelsen i 1:5 ABL förefaller stämma överens med den slutsatsen att ett och samma företag kan ingå i flera koncerner så torde detta bli svårt att förena med karakteristiken hos ett koncernförhållande. Med detta avser vi att ett koncernförhållande kännetecknas av att moderbolaget har bestämmande inflyttande över sina dotterbolag. Två olika bolag (i vårt exempel bolaget A och C) kan väl knappast var för sig ha ett bestämmande inflyttande över samma bolag (i vårt exempel bolaget B).

I förarbeten till skattelagstiftning kan vi hitta uttalanden om det nu diskuterade fallet. Där uttrycks "...att ett bolag i undantagsfall kan ingå i två olika koncerner..." enligt 1:5 ABL.⁶⁵ Mot bakgrund av detta är vi böjda att, trots våra tveksamhet ovan, konstatera att ett och samma dotterbolag kan ingå i flera olika koncerner enligt 1:5 ABL.

Efter denna genomgång av det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet skall vi nu övergå att se på hur detta står i förhållande till det närstående begrepp som ställs upp i konkurslagen 4:3.

4.5 Konkursrättsliga aspekter på koncernen (4:3 KL)

I 4:3 konkurslagen (KL) har lagstiftaren infört en närstående begrepp. Begreppet används rent lagtekniskt för att avgränsa de fall där det anses vara befogat med utökade möjligheter att återvinna tillgångar till ett konkursbo. Anledningen till denna strävan att utöka återvinnings möjligheterna är att det anse finnas större risk för

⁶² Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265y.

⁶³ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 266m.

⁶⁴ I propositionen nämns bara att 50/50 bolag inte skall behandlas som koncernbolag (Se Prop. 1995/96:10 Del II s. 113m).

⁶⁵ Se Prop 1996/97:18 s. 21ö.

oegentligheter mellan närstående kontrahenter än mellan andra.⁶⁶ Av denna anledning gäller dels längre återvinningsfrister för vissa närstående, dels att vissa regler inträder just när denna typ av kontrahent är inblandad.

I paragrafens första stycke behandlas närståendeförhållande mellan fysiska personer av familjerättslig karaktär som t.ex. olika former av släktskap eller giftermål. Här inryms även "...den som på annat sätt står gäldenären personligen särskilt nära."⁶⁷ Exempel på relationer som på detta sätt kan rubriceras som närstående är t.ex. sambo, fosterbarn och eventuellt även arbetskumpaner som inte ryms inom paragrafens andra stycke.⁶⁸

När det gäller konkursrättsliga aspekter på koncerner så blir främst andra stycket i 4:3 KL tillämpligt eftersom definitionen av närståendebegreppet för juridiska personer ges här. Andra stycket i nämnda paragraf lyder: "Som närstående till en näringsidkare eller en juridisk person anses vidare

1. den som har en väsentlig gemenskap med näringsidkaren eller den juridiska personen som är grundad på andelsrätt eller därmed jämförligt ekonomiskt intresse,
2. den som inte ensam men tillsammans med en närstående till honom har sådan gemenskap med näringsidkaren eller den juridiska personen som sägs under 1,
3. den som genom en ledande ställning har ett bestämmande inflytande över verksamhet som näringsidkaren eller den juridiska personen bedriver,
4. den som är närstående till någon som enligt 1-3 är närstående."

Under första punkten i andra stycket hamnar i stort sett all koncernförhållande som grundas på 1:5 1 st. ABL enligt vad som uttalas i propositionen.⁶⁹ För att rekvisiten andelsrätt och väsentlig gemenskap i första punkten ovan skall anses vara uppfyllda krävs enligt förarbetena ingen aktiemajoritet.⁷⁰ Lennander anger att en tredjedel torde kunna utgöra ett riktmärke.⁷¹ Vidare hävdar hon att en lägre andel kan accepteras där aktierna är starkt spridda.⁷² I NJA 1983 s. 713 I och II uttalas att de nu aktuella rekvisiten är uppfyllda om en aktieägare "...med hjälp av sitt (och närståendes) aktieinnehav allmänt sett får antas ha påtagliga möjligheter att driva igenom sin vilja på bolagsstämman."⁷³ Mot bakgrund av detta bör vi kunna dra slutsatsen att fall som grundar sig på konsortialavtal enligt 1:5 1 st. 2 p. ABL även ryms här. Likaså torde man kunna argumentera för att också avtalskoncerner enligt 1:5 1 st. 4 p. ABL ryms här.

En fråga som vi däremot bedömer som mer öppen är: Hur står närståendebegreppet i förhållande till de koncernbildningar enligt 1:5 1 st. 1 p. ABL som bygger på panträtt och rösträtt? Kan detta verkligen ses som en andelsrätt eller därmed jämförligt ekonomiskt intresse enligt 4:3 2 st. 1 p. KL? Ser man till syftet med närstående begreppet enligt propositionen d.v.s. att det "...inbegriper bl.a. olika tänkbara kopplingar mellan företag, t.ex. mellan moderbolag och dotterbolag..." så torde denna typ av koncerner eventuellt falla in under rekvisitet därmed jämförligt ekonomiskt intresse.⁷⁴ Å andra sidan måste vi fråga oss om denna ordalydelse verkligen täcker ett dylikt fall. Vi bör här betänka att det nyss citerade förarbetsuttalandet gjordes före det blev möjligt att skapa denna typ av koncerner. Det som starkast talar mot en eventuell extensioner av KL är att tvingande regler generellt sett inte bör ges tillämpning utanför sin lydelse. Praxis och doktrin pekar också på att

⁶⁶ Se bl.a. Lennander (2) s. 75m.

⁶⁷ Se Konkurslagen 4:3 1 st. 1 p. i f.

⁶⁸ Se Prop 1975:6 s.198y, Lennander (2) s. 77x.

⁶⁹ Se Prop 1975:6 s.198n, Walin 1 s. 146y, Lennander (2) s. 78n.

⁷⁰ Se Prop 1975:6 s.198n f.

⁷¹ Se Lennander (2) s. 78m. Här förefaller hon hämtat ledning från uttalande i bl.a. propositionen och SOU:n till förmånsrättslagen angående dess anvisningar kring vad som kan anses som väsentlig andel (Se Prop 1970:142 s. 137m, SOU 1969:5 s. 151v y f).

⁷² Se Lennander (2) s. 78m. Även i detta avseendet framstår det som om hon hämtat ledning från uttalande i SOU:n till förmånsrättslagen angående dess riktmärke för vad som kan anses som väsentlig andel (Se SOU 1969:5 s. 151v n).

⁷³ Se NJA 1983 s. 713 I (sida 716y och 717x).

⁷⁴ Se Prop 1975:6 s.198n.

återvinningsreglerna skall tolkas restriktivt.⁷⁵ Rättsläget får därför sammanfattas på denna punkt som relativt ovisst.

Även koncernförhållanden som bygger på indirekt ägande enligt 1:5 2 st. ABL kan inrymmas under den nu behandlade punkten i 4:3 KL. Ett exempel på detta är om ett helägt dotterföretag själv äger ett företag helt och hållet. Detta sistnämnda företaget utgör dotterdotterföretag till moderbolaget och anses som närstående enligt den nu aktuella punkten.⁷⁶

Den andra punkten i andra stycket i 4:3 KL rymmer de övriga typerna av koncernförhållande som bygger på indirekt ägande enligt 1:5 2 st. ABL och som inte tagits upp ovan. Här ryms alltså de situationer där t.ex. ett dotterdotterbolag X inte ägs till mer än hälften av ett dotterbolag Y. Det är istället antingen moderbolaget till Y eller ett/flera andra dotterbolag i samma koncern som tillsammans med dotterbolag Y äger åsyftad andel. I det här exemplet anses alltså dotterdotterbolaget X närstående till Y:s moderbolag. Med rekvisitet närstående i andra punkten avses alla som ryms inom antingen första eller andra stycket i 4:3 KL.⁷⁷ Närståendeprovningen görs därför i dessa fall två gånger d.v.s. först av den som direkt faller inom 4:3 2 st. 2 p. KL och därefter av den som potentiella närstående till den förra.⁷⁸

Den tredje punkten i andra stycket är omdiskuterad. Anledningen till detta är att en juridisk person är starkt beroende av en handlingskraftig ledning vid krissituationer. Departementschefen ansåg därför att dessa inte bör riskera att få utbetalt arvode återvunnet så länge de är skäliga.⁷⁹ Under denna bestämmelsen faller enligt propositionen befattningshavare som "...exempelvis verkställande direktör och, om ett företag är delat på flera avdelningar, chefer för dessa med så självständig ställning att de kan jämföras med verkställande direktör i ett dotterföretag. Även styrelseledamot kan, i vissa fall komma att rymmas inom stadgandet. Däremot skall, till närståendekretsen, inte räknas befattningshavare med mindre inflytelserik ställning. Arbetsledare faller således så gott som alltid utanför kretsen."⁸⁰

Vad sedan gäller den fjärde och sista punkten i andra stycket så inryms här fall där t.ex. ett aktiebolag ger en gåva till verkställande direktörens hustru eller transaktioner mellan två dotterföretag o.s.v.⁸¹

Det sista vi skall ta upp här är att 4:3 KL skall tillämpas reciprokt d.v.s. att det saknar betydelse vilken av de två närstående parterna som försätts i konkurs.⁸²

4.6 Skatterättsliga aspekter på koncernen (35:2 IL Koncernbidrag)

Ett koncernförhållande får många skatterättsliga effekter. Vår avsikt i detta avsnitt är naturligtvis inte att fullt ut redogöra för dessa. Vi skall emellertid att presentera hur ett av de skatterättsliga koncernbegreppen ser ut. Vi inleder dock med att något beskriva de övergripande tankarna kring hur koncerner beskattas.

Målsättningen bakom beskattning av koncerner i Sverige är enligt förarbetena att "...skattebelastningen för en koncern skall vara densamma som om verksamheten hade bedrivits av ett enda bolag."⁸³ Det man vill

⁷⁵ Jfr. Lennander (2) s.41y där hon resonerar kring försiktiga analogier. Vidare pekar hon på att många rekvisit i 4 kap KL tolkas motsatsvis. Se s. 205y f där hon pekar på NJA 1950 s 417 i vilket anförs (på s. 420 f i referatet) att det krävs mycket starka skäl för att man skall acceptera en extension av begreppet *betalning*. Ett ytterligare stöd för samma åsikt är NJA 1985 s 117 där HD anser (s. 120 i referatet) att man inte kan göra en extension av rekvisitet *gäldenär* i KL 4:12 utan **att** det måste vara frågan om säkerhetställande av egen skuld?????(Korrekt **ändringar? Jag förstår inte riktigt redogörelsen**). Welamson (1) s.76y pekar på en "...principiell inställning, enligt vilken återvinningsreglerna bör tolkas *restriktivt*...".

⁷⁶ Se Lennander (2) s. 78n.

⁷⁷ Se Walin (1) s. 147x.

⁷⁸ Se Prop 1975:6 s. 200x, Lennander (2) s. 79m.

⁷⁹ Se Prop 1975:6 s. 140x, Se även Welamson konkurs s. 72m.

⁸⁰ Se Prop 1975:6 s. 200ö.

⁸¹ Se Lennander (2) s. 80x. Hon hänvisar här bl.a. till NJA 1981 s. 534 som behandlar förhållanden vid en oäkta koncern, d.v.s. **det är** en fysiker **person som äger ägde** två juridiska person. Dessa ansågs enligt HD närstående till varandra. (Se referatet **sida s. 545y**).

⁸² Se Prop 1975:6 s. 199x, 200x.

åstadkomma är s.k. *skatteneutralitet* för olika sätt att organisera verksamheter.⁸⁴ Departementschefen ansåg alltså att det "...saknas anledning att utkräva en sammanlagd större skatt endast av det skälet, att verksamheten av organisatoriska skäl fördelats på moder- och dotterföretag."⁸⁵ I andra länder som t.ex. Danmark, Holland och USA har man nått samma resultat genom att införa sambeskattnings för koncerner.⁸⁶ Här utgör alltså koncernen ett skattesubjekt. I Sverige har vi inte valt denna väg utan istället låter vi varje enskilt koncernbolag bestå som enskilda skattesubjekt. Under vissa betingelser tillåter vi dock "...resultatöverföring och resultatutjämningsåtgärder mellan bolag i samma koncern."⁸⁷ Ett exempel på en sådan åtgärd utgörs av koncernbidraget. Detta skall behandlas mer utförligt i avdelning IV. Generellt sett innebär koncernbidrag emellertid att en utjämning skall kunna ske av skattebördan mellan koncernbolag i vissa fall. Effekten härav är att ett koncernbolag med överskott kan skattemässigt kan överföra detta till ett annat koncernbolag med underskott och få avdragsrätt för detta bidrag. Härigenom beskattas endast den delen av överskottet i ena koncernbolaget som överstiger underskottet i det andra koncernbolaget. På detta sätt åstadkoms den ovan åsyftade skatteneutraliteten mellan koncerner och enskilda bolag.

Inom skatterätten gäller olika former av koncernbegrepp beroende på aktuell fråga. I en del fall används det aktiebolagsrättsliga begreppet i 1:5 ABL, som vi beskrivits ovan, i andra fall har skatterätten egna koncerndefinitioner. Det skatterättsliga koncernbegrepp som har betydelse inom ramen för detta arbete är det som gäller för, den koncerninterna transaktionen, koncernbidrag. Reglerna för när koncernbidrag får lämnas och mottas skattefritt ges i inkomstskattelagens (IL) 35 kapitel. I dess 2 § ges en definition på vad som anses vara moder- och dotterföretag. Här anges i första stycket att med "*moderföretag* avses i detta kapitel ett företag som äger mer än 90 procent av andelarna i ett svenskt aktiebolag.../... och som är ett svenskt aktiebolag...".⁸⁸ I andra stycket stadgas att med "...*dotterföretag* avses i detta kapitel det företag som ägs av moderföretaget enligt första stycket."⁸⁹ Som vi skall behandla i nästa avsnitt innebär detta att en koncern kan skatterättsligt se helt annorlunda ut än aktiebolagsrättsligt, d.v.s. de bolag som anses som moder- och dotterbolag enligt 1:5 ABL måste inte anses som moder- och dotterbolag enligt 35:2 och tvärtom. Detta beror främst på två omständigheter. För det första anges i 35:2 IL hur stor *andel av aktierna* moderbolaget måste äga medan 1:5 1 p. och 2 p. ABL knyter ägandet till *rösterna* hos aktierna.⁹⁰ För det andra anger 35:2 IL inte några krav på att moderbolaget skall ha något särskilt inflyttande över dotterbolaget. Detta är här den största skillnaden mellan de båda begreppen framträder. Det väsentliga i 1:5 ABL förefaller ju just vara möjligheten för moderbolag att ha ett dominerande inflyttande över dotterbolagen. I 35:2 IL har man istället enbart förankrat koncernbegreppet till själva innehavet av den juridiska personens kapital. Detta är kanske logiskt med tanke på att inkomstbeskattnings fokuserar just på kapital och aktiebolagslagen mer är inriktad på att balansera intressekonflikter. I nästa avsnitt om koncernbegreppens gränser skall vi närmare granska vad denna skillnad kan få för konsekvenser.

4.7 I koncernbegreppens gränsländ

Vi skall nu försöka sammanfatta en del av vad vi kommit fram till ovan. Detta avser vi göra genom att analysera ett exempel där koncernbegreppen i aktiebolagsrätten, skatterätten respektive konkursrätten ställs mot varandra.

Vi skall se på följande exempel: I aktiebolag Z finns totalt 1000 aktier. Av dessa är 99 A-aktier och 901 B-aktier. A-aktierna har ett röstvärde på tio röster per aktie, d.v.s. dessa utgör totalt 990 röster. B-aktierna har ett röstvärde på en röst per aktie, d.v.s. totalt 901 röster. Vidare antar vi att aktiebolaget X innehar samtliga A-aktier (990 röster) och aktiebolaget Y innehar samtliga B-aktier (901 röster). Med denna utgångspunkt blir bolag X moderbolag till bolag Z enligt 1:5 1 st. 1 p. ABL. Bolag X innehar ju mer än hälften av rösterna häri. Samtidigt

⁸³ Se Prop 1984/85:70 s. 176y.

⁸⁴ Se Lodin, Lindencrona, Melz och Silverberg s. 379x.

⁸⁵ Se Prop 1953:28 s. 40m.

⁸⁶ Se Lodin, Lindencrona, Melz och Silverberg s. 379x.

⁸⁷ Se Lodin, Lindencrona, Melz och Silverberg s. 379x

⁸⁸ Se 35:2 1 st. IL.

⁸⁹ Se 35:2 2 st. IL.

⁹⁰ Som nämnts ovan i avsnitt II.4.4 är det även möjligt för ett moderbolag att i utländska dotterbolag enbart stödja sitt aktieinnehav enligt 1:5 1 st. 1p. ABL på t.ex. panträtt om det senares inhemska rättsordningen accepterar att rösträtten skiljs från ägarätten till aktierna.

är bolag Y moderbolag till bolag Z enligt 35:2 IL. Bolag Y innehar ju mer än 90 procent av aktiekapitalet, d.v.s. 901 B-aktier, i bolag Z. Resultatet blir alltså att vi får två olika koncerner, en aktiebolagsmässig och skattemässig.

Den aktiebolagsmässiga koncernen med modebolaget X kan alltså inte använda koncernbidrag för resultatöverföring och resultatutjämning inom koncernen trots att det åläggs alla andra plikter som ett koncernförhållande innebär enligt ABL, årsredovisningslagen m.m.⁹¹ Resultatöverföring och resultatutjämning genom koncernbidrag är däremot något som den skattemässiga koncernen med moderbolaget Y kan ägna sig åt, utan att för den sakens skull ha samma plikter som ett koncernförhållande enligt ABL innebär.

Det kan alltså tänkas att det skatterättsliga moderbolaget Y genomför ett koncernbidrag till sitt skatterättsliga dotterbolag Z för att en tid senare gå i konkurs. Enligt vad vi behandlat ovan i avsnitt II.4.5 tillämpas närstående begreppet enligt konkurslagen (KL) reciprokt d.v.s. det spelar ingen roll om det är den juridiska personen eller närstående som går i konkurs.⁹² Den intressanta frågan blir därför om det konkursdrabbade skattemässiga moderbolaget Y kan anses som närstående till dotterbolaget Z enligt 4:3 KL. Klart är Y äger något som måste rubriceras som en form av aktiemajoritet eftersom Y äger mer än 90 procent av aktierna. Y är emellertid inte i röstmajoritet. I förarbeten till KL nämns att det inte krävs någon aktiemajoritet för att träffas av 4:3 2 st. 1p. KL.⁹³ Men eftersom rekvisitet ”väsentlig gemenskap” i 4:3 2 st. p. KL enligt uttalande i förarbeten, praxis och doktrin också anses syfta på den reella möjligheten att driva igenom sin vilja på dotterbolaget Z:s bolagsstämma uppstår det tveksamheter hur det nu aktuella fallet skall bedömas.⁹⁴ Konkursgäldenären Y har ju inte kunnat utöva något bestämmande inflyttande på Z bolagsstämma, eftersom det är det aktiebolagsrättsliga moderbolaget X som innehar majoriteten av rösterna. Även om syftet med närståendebegreppet i KL kanske täcker denna situation enligt förarbetena då det är frågan om en koncernrelation⁹⁵ kan man med fog ställa sig tveksam till om stadgandet i KL kan utvidgas till att omfatta även detta fall. Det som starkast talar mot en eventuell extension av KL är, som ovan påpekats, att tvingande regler generellt sett inte bör ges tillämpning utan för dess lydelse.⁹⁶ Vi avser inte att föra analysen av de olika koncernbegreppens inbördes förhållande till varandra längre i detta avsnitt utan väljer istället att kort sammanfatta vad de grundar sig på.

Mot bakgrund av analysen ovan kan vi se att ABL 1:5 grundar sitt koncernbegrepp på i huvudsak möjligheten att utöva inflyttande över dotterföretagen. Detta är inte så märkligt eftersom ABL syftar till att balansera olika intressekonflikter inom och mellan koncernbolag. Vidare har vi funnit att närståendebegreppet i KL i det här avseendet är grundat både på möjligheten till inflyttande över dotterföretagen och innehav av andelar i dess kapital. Mot detta står det skattemässiga koncernbegrepp som vi behandlat ovan som enbart knyter till dotterföretagets kapital. *Att de olika begreppen har olika grunder leder sammantaget till att det ofta blir vanskligt att ange vilka legala effekter ett visst koncernförhållande får utan att vi först genomför en grundlig analys av förhållandena.* Att se på dessa effekter är ett av huvud syftena bakom detta arbete.

⁹¹ Som har nämnts i avsnitt II.4.4 överensstämmer det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet med det redovisningsmässiga. Detta innebär att aktiebolag som träffas av 1:5 ABL också kommer att träffas av 1:4 i årsredovisningslagen (ÅRL), vilket i sin tur innebär t.ex. att moderbolaget kommer att tvingas upprätta en koncernredovisning enligt 7:1 ÅRL.

⁹² Se Prop 1975:6 s. 199x, 200x.

⁹³ Se Prop 1975:6 s.198n f.

⁹⁴ Se Prop 1975:6 s 198n f, prop 1970:142 s. 137m, SOU 1969:5 s. 151v y f, NJA 1983 s. 713 I (sida 716y och 717x), Lennander (2) s. 78m f, Walin (1) s. 146m f.

⁹⁵ Se Prop 1975:6 s. 198n f.

⁹⁶ Se Lennander (2) s.41y där hon resonerar kring försiktiga analogier. Vidare pekar hon på att många rekvisit i 4 kap KL tolkas motsatsvis. Se s.205y f där hon pekar på NJA 1950 s 417 i vilket anförs (på sid 420f i referatet) att det krävs mycket starka skäl för att man skall acceptera en extension av begreppet *betalning*. Ett ytterligare stöd för samma åsikt är NJA 1985 s 117 där HD anser (sidan 120 i referatet) att man inte kan göra en extension av rekvisitet *gäldenär* i KL 4:12 utan det måste vara frågan om säkerhetsställande av egen skuld. Welamson (1) s.76y pekar på en ”..principiell inställning, enligt vilken återvinningsreglerna bör tolkas *restriktivt*...”.

III KONTROLLEN OCH ANSVARET

5 Inledning

5.1 Rättsekonomisk bakgrund

Väsentligt vid undersökningar av privaträttsliga associationer är att förstå varför dessa överhuvudtaget uppstår. Vad är mekanismen bakom uppkomsten av företag? Utgångspunkten är existensen av en marknad, d.v.s. preferensramar som leder till efterfrågan och resurser som skapar ett utbud. Existensen av dessa faktorer leder till incitament att utbyta resurser individer emellan. Den traditionella grunden för detta utbyte är kontraktet, avtalet. Detta kan uttryckas med att "[a]vtalet är ett instrument först och främst i den *ekonomiska omsättningens tjänst*".⁹⁷ Den rena avtalsmodellen är emellertid begränsad vad gäller användningsområden. På en marknad som karaktäriseras av individuella avtal kommer slutande av varje avtal nämligen att präglas av betydande *transaktionskostnader*.⁹⁸ Dessa kan bestå i kostnader för uppsökande av avtalspart, informationskostnader, förhandlingskostnader, beslutskostnader, kontrollkostnader och kostnader för avtalets genomförande.⁹⁹ Existensen av dessa transaktionskostnader får en avgörande betydelse för företagets uppkomst.¹⁰⁰ Ett effektivt utnyttjande av marknadens resurser kräver nämligen *kostnadseffektivitet*. Strävan blir därför att minimera transaktionskostnaderna som avtal medför. Detta kan åstadkommas genom att man, inom en del av marknaden, *samordnar* kontraktsparter till en homogen gruppering där målet främst är en samlad strävan efter att effektivt skapa ett utbud av visst slag, d.v.s. produktion av produkter.¹⁰¹ Samordningen leder så att säga till att ett *kontraktssnippe* skapas.¹⁰² Detta kontraktssnippe samlas under en organisation där avtalsinstrumentet får minskad betydelse inåt och ersätts med en *hierarkisk styrning*.¹⁰³ Den dominerande organisationsformen på detta område är aktiebolaget.¹⁰⁴ Inom detta ersätts avtalet och dess transaktionskostnader internt med det ofta mer kostnadseffektiva *beslutet*.

Mot bakgrund av detta kan aktiebolaget sägas vara en form av lagstadgat "standardkontrakt". Det är detta "standardkontrakts" regler för styrning, beslut och övervakning som vi närmare avser granska i detta avsnitt.

5.2 Den inre och den yttre sfären

Aktiebolaget förknippas traditionellt sett med två problem; behovet av skydd för aktieägare och skyddsbehovet för borgenärerna. Dessa intressekonflikter har Bergström och Samuelson sammanfattat på ett föredömligt vis till tre grundproblem. Vi skall här enbart beröra två av dem¹⁰⁵:

Intressekonflikt	Regleringsmodell <i>Den inre sfären</i>
-------------------------	---

⁹⁷ Se Adlercreutz Avtalsrätt I s. 13x.

⁹⁸ Begreppet är hämtat från Samuelsson s. 541m. i SvJT 1997 s. 528ff.

⁹⁹ Se Samuelsson s. 541m.

¹⁰⁰ Se Samuelsson s. 541y, även Bergström och Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem s. 20y f

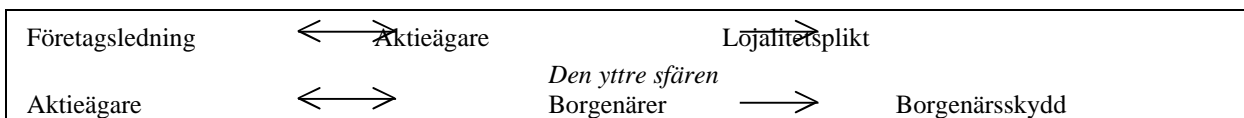
¹⁰¹ Detta är naturligtvis endast ett exempel på vad som kan utgöra företagets ändamål. Det väsentliga är att det i företaget finns kontraktgrundad strävan mot ett främjande av företagets ändamål. Jfr. Nial s. 36y.

¹⁰² Jfr. Samuelsson s. 545. Jensen och Meckling synes beskriva detta som "ett nätverk av kontraktsmässiga relationer".

¹⁰³ Eftersom intressenterna knyts till företaget genom kontrakt får kontraktet givetvis en sammanhållande roll även inom företaget. Kontraktet inordnas emellertid i en större struktur och dess roll accentueras därmed i mindre grad. Jfr. Samuelsson s. 545n f.

¹⁰⁴ Bergström och Samuelsson s. 21y.

¹⁰⁵ Bergström och Samuelsson s. 27y. Den intressekonflikt som vi inte tar upp här avser konflikten mellan en aktieägarmajoritet och en aktieägarminoritet.



Av skissen ovan kan vi konstatera att de två typerna av intressekonflikterna givit behov av två olika regleringsmodeller inom ABL. Detta beror på att skyddsobjekten i den första och andra konflikten har olika karaktär. Aktieägaren har ett i ABL regelrat inflytande över aktiebolagets verksamhet och intressekonflikter mellan denne och ledningen sker alltså inom aktiebolaget. Den första intressekonflikten uppkommer alltså inom bolagets *inre sfär* och avser att balansera ägarnas inflytande gentemot ledningens. För borgenärernas del finns ingen reglerad möjlighet till inflytande över verksamheten och dessa står alltså utanför bolaget som en tredje man. Intressekonflikter mellan aktieägare och borgenärer uppstår alltså gentemot en *yttre sfär*. Här finns därför skyddsreglering för att balansera aktieägarnas inflytande gentemot borgenärernas intresse. I detta avsnitt skall vi enbart behandla den första intressekonflikten ovan och de regler som gäller inom bolagets *inre sfär*. Den andra intressekonflikten gentemot bolagets *yttre sfär* kommer att analyseras först i avdelning V.

5.3 Den vidare dispositionen

Vi avser genomföra den vidare analysen kring kontroll och ansvar i aktiebolag och koncern enligt följande. Inledningsvis skall vi närmare analysera de intressekonflikter som finns inom den inre sfären d.v.s. den mellan aktieägare och bolagsledning (Intressekonfliktens karaktär). I nästa avsnitt III.3 försöker vi utröna och analysera de yttre gränserna för styrning, kontroll och ansvar? Under nästa avsnitt III.4 kommer vi föra analysen vidare och fokusera på huvudfrågan: Är regleringen i ABL tillräcklig för att sammanlänka de olika koncernbolagsledningarnas intressen med aktieägarnas intresse av att det går så bra som möjligt för koncernen som helhet?

6 Intressekonfliktens karaktär inom den inre sfären

Aktiebolaget kan alltså avtalsteoretiskt beskrivas som ett kontraktssnippe mellan olika partsintressen.¹⁰⁶ Inom den inre sfären framstår det över allt stående kontraktet vara det mellan aktieägare och bolagets ledning. Relationen mellan dessa intressen kan beskrivas med hjälp av *principal agent*-teorin. Benämningen *principal* står i detta sammanhang för en uppdragsgivare som för sin egen räkning dels kontrakterar en agent i vårt fall en styrelse och verkställande direktör, dels delegerar beslutsfattandet till de tillsatta organen.¹⁰⁷

Inom detta *principal agent*-förhållanden uppstår det lätt problem så fort det finns någon form av osäkerhet. Osäkerheten kan karaktäriseras som ett informationsproblem där den ena parten har ett informationsövertag över den andre parten. Detta brukar betecknas som *principal agent-problemet*.¹⁰⁸ De kostnader som genereras i detta sammanhang brukar benämnas *agentkostnader* i stället för som ovan transaktionskostnader.¹⁰⁹ Dessa har sitt ursprung i att aktiebolagets ägare och ledning ofta har både tydliga och motstridiga intressen.

Principal agent-problemet kan i sin tur indelas i ett informationsproblemet före och efter ett avtals ingående.¹¹⁰ Här betecknar begreppet *adverse selection* uppdragstagarens informationsövertag före kontraktets ingående. Med detta avses t.ex. att företagsledning och huvudaktieägare har ett kunskapsövertag vad gäller bolagets framtida vinstutveckling och risknivå gentemot potentiella aktieköpare, ägarminoriteter och långgivare. Lagstiftaren har försökt att minska detta övertaget genom att ålägga aktiebolaget en viss typ av informationsplikt.¹¹¹ Detta torde minska agentkostnaderna enligt resonemanget att kraven på riskpremie blir lägre vid kapitalanskaffning för aktiebolaget om kunskapsövertaget minskas.

Efter avtalets ingående förändrar däremot *principal agent-problemet* karaktär. Problemet kan nu karaktäriseras av ett övervakningsproblem under avtalets löptid där uppdragsgivaren delegerat beslutskompetens till

¹⁰⁶ Bergström och Samuelsson s. 21n, 24n f.

¹⁰⁷ Bergström och Samuelsson Aktiebolagets grundproblem s. 22x.

¹⁰⁸ Bergström och Samuelsson s. 22y.

¹⁰⁹ Bergström och Samuelsson s. 21x.

¹¹⁰ Bergström och Samuelsson s. 22m.

¹¹¹ Bergström och Samuelsson s. 23x.

uppdragstagaren. Den senare kan därigenom påverka utfallet av kontraktet samtidigt som den förre har begränsade möjligheter att övervaka och ingripa i situationen. Termen *moral hazard* brukar användas för att beskriva detta problem.¹¹² Bolagsrättsligt aktualiseras problemet bl.a. när aktieägarna utser en styrelse som i sin tur kan utse en företagsledning som ansvarar för den löpande förvaltningen. Här kan ägarna inte i detalj övervaka bolagets ställföreträdare. Därför uppstår en osäkerhet i vad mån förvaltningen av bolagets angelägenheter sker helt i överensstämmelse med ägarnas intressen. Det är i sådana här sammanhang som man brukar använda begrepp som *corporate governance*. Denna term syftar i första hand på tankar kring hur ägarna skall kunna sammanlänka ledningens agerande med aktieägarnas samfällda intressen genom kontroll och övervakning.¹¹³

Sammanfattningsvis kan vi alltså se att aktieägarnas intresse främst består i att få en så effektiv och beslutsförmögen bolagsledning som möjligt vilket antas leda till minskade transaktionskostnader (agentkostnader). Priset för denna ökande effektivitet blir att aktieägarna inte kan övervaka och styra ledningens agerande i detalj. Det uppstår en osäkerhet kring om ledningens agerande är lojalt med aktieägarnas intressen. Detta riskerar i sin tur att få agentkostnaderna att skjuta i höjden om osäkerheten inte kan minskas genom *corporate governance* d.v.s. strategier för sammanlänkande av ledningens agerande med aktieägarnas intresse.¹¹⁴ Svårigheten ligger här i att definiera ett samlat aktieägarintresset. Inom ABL finns detta, som vi sett i avsnitt II.2.3, endast uttryckt i en dispositiv huvudregel i 12:1 st. 2.¹¹⁵ Här förutsätts vinstmaximering för ägarna vara ledningens mål och aktieägarnas samfällda intresse.¹¹⁶

Ett ytterligare sätt att minska osäkerheten i förhållandet ovan är att det i ABL uppställs en hierarki för bolagsorganen som anger grundläggande regler för vilket organ som får göra vad (kompetensregler).¹¹⁷ Detta är för det första tänkt att underlätta aktieägarnas övervakning av ledningen, vilket ytterligare reducerar principalens (ägarnas) inslag av osäkerhet. För det andra sätter denna struktur de ytter gränserna för delegation av kompetens. Det är kring dylika frågor som vi nu skall koncentrera analysen i denna avdelning (III).

7 Den aktiebolagsrättsliga ramen

7.1 Aktieägar skyddande regler

7.1.1 Inledning

ABL innehåller både absolut tvingande bestämmelser och bestämmelser som kan åsidosättas under vissa mera kvalificerande förutsättningar. Detta är något som sällan framgår av själva stagandet.¹¹⁸ Likaså ger förarbetena endast undantagsvis någon direkt vägledning på denna punkt.¹¹⁹ Frågan blir därför hur vi skall kunna särskilja de olika typerna av regler åt. I doktrinen hävdas att en bestämmelse är vad vi kallar absolut tvingande om den "...avser att skydda tredje mans rätt...".¹²⁰ Med tredje man avses andra intressenter än aktieägare såsom exempelvis befintliga borgenärer och personer som avser att ingå avtal med aktiebolaget.¹²¹ Vi ser alltså att det är skyddsregler uppställda för intressenter i den yttre sfären som är av tvingande karaktär. Det är först när regeln är

¹¹² Bergström och Samuelsson s. 23y.

¹¹³ Bergström och Samuelsson s. 27x.

¹¹⁴ Bergström och Samuelsson s. 27x.

¹¹⁵ Se bl.a. Taxell Aktiebolagets organisation s. 17m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 239nf, Kedner, Roos och Skog II s. 93x

¹¹⁶ Bergström och Samuelsson s. 101y.

¹¹⁷ Att dessa regler i en del avseenden dessutom är tvingande har delvis också att göra med tredjemansskyddet. Detta beror på delegation av kompetens till bolagsledning även måste innefatta ett ansvar i motsvarande mån d.v.s. det skall inte gå att organisera bolagsledningen hur som helst och där igenom skapa osäkerhet kring vem som ansvarar för vad. (Se Åhman s. 532y, Se även Taxell s. 16ö). I detta sammanhang får man inte heller glömma bort att det finns EU-rättsliga regler som ställer krav på tvingande lagstiftning. Se t.ex. Publicitetsdirektivet (68/151/EEG) 9 artikeln 2 momentet.

¹¹⁸ Se Kurt Grönfors ur Festskrift till Håkan Nial s. 209ö, Johansson s. 32x.

¹¹⁹ Se Grönfors s. 209m.

¹²⁰ Se Grönfors s. 208n. Se bl.a. även Dotevall Bolagsledningens skadeståndsansvar s. 99x, Erik Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier s. 14x.

¹²¹ Se Grönfors s. 209ö.

uppställd i de redan befintliga aktieägarnas intresse, d.v.s. för den inre sfären, som vi kan tala om reglering vilken kan frångås under vissa förutsättningar.¹²² Med aktieägarintresse avses, som vi redan tidigare nämnt, dels behovet att uppnå balans mellan aktieägare och ledningsorgan, dels behovet av skydd som en aktieägarminoritet har mot en aktieägarmajoritet. Vad menar vi då med att de sistnämnda reglerna inte är helt tvingande? Med detta avses att sådana bestämmelser oftast bara kan åsidosättas med samtliga aktieägares samtycke (SAS-principen).¹²³ Diskussioner kring om dylika regler skall rubriceras som semidispositiva, relativt tvingande eller halvtvingande lämnar vi därhän eftersom detta endast har en rent teoretisk betydelse.¹²⁴

Det väsentliga är givetvis huruvida åsidosättande av regeln kan angripas. Kommer vi fram till att en viss regel i 8 och 9 kap. ABL är tvingande så är detta knappast av praktiskt intresse förrän vi utrett om någon kan angripa ett åsidosättande av regeln. Det är i viss mån denna typ av praktisk inriktning som vi skall försöka anlägga i vår analys av den organisatoriska regleringen i ABL. De grupper som vi koncentrerar oss på här är aktieägare och borgenärer. Att registreringsmyndigheter etc. kan angripa ett åsidosättande lämnar vi därhän.¹²⁵

Vi behandlar inte heller det faktum att ett åsidosättande av bolagsorganens funktions- och kompetensfördelning enligt ABL inte får effekt mot t.ex. godtroende personer som avtalat med ett bolagsorgan enligt 8:35. Skälet till att vi avgränsar oss på detta sätt är att sådana aspekter mer är ett uttryck för omsättningskyddet i ABL än borgenärsskyddet.¹²⁶ Sådana avtalsrättsliga aspekter på bolags bundenhet gentemot tredje man (den yttre sfären) kommer vi inte att behandla vidare.

7.1.2 Karaktären hos den organisatoriska regleringen i ABL

Med organisatorisk reglering avses bestämmelser som styr: vilket bolagsorgan som beslutar och verkställer för aktiebolagets räkning, i vilken ordning besluten skall tas och vilken relation bolagsorganen har sinsemellan.¹²⁷ Dessa typer av frågor regleras i 8 och 9 kap. ABL.¹²⁸ Frågan är då om dessa regler är absolut tvingande eller om de kan åsidosättas enligt SAS-principen ovan?

Enligt Taxell är det i första hand aktieägarintresset som dessa kapitel avser att beakta, men i hans resonemang kring huruvida vi därmed kan konstatera att SAS-principen generellt kan anses gälla uttrycks viss tveksamhet.¹²⁹ När vi resonerar kring "(g)ränsen mellan bolagsstämman och styrelsens kompetensområden..." menar han nämligen att detta är en "...i princip absolut..." gräns.¹³⁰ Dotevall förefaller dela Taxells osäkerhet och fastställer att det ofta kan "...vara svårt att avgöra vilka intressen dessa regler primärt avser att skydda. Med tanke på denna osäkerhet bör reglerna i 8 och 9 kap. ABL betraktas som tvingande, såvida inget annat uttryckligen framgår av reglerna."¹³¹ Med tvingande avser han "...att de obligatoriska bolagsorganens funktion och ledamöternas plikter inte kan förändras genom bestämmelser i bolagsordningen."¹³² Även Nial anser att "...kompetensfördelningen mellan stämman och styrelse..." är tvingande.¹³³ Folkesson uttrycker endast allmänt att "... (v)issa av reglerna är... av tvingande karaktär."¹³⁴ Vad avser då Dotevall och Nial med att regleringen är

¹²² Se Johansson s. 32x, 173n, Lindskog s. 12m.

¹²³ Se Andersson (2) s. 15x, Se även Grönfors s. 208n f, 210ö, Johansson s. 32x, 173n. Undantag från det sagda är tänkbart i en nullitetssituation d.v.s. ett beslut som inte kan fatta ens med samtliga aktieägares samtycke t.ex. ett åsidosättande av en regel som avser att skydda framtida aktieägare. Se bl.a. Johansson s. 29m

¹²⁴ Se Andersson (2) s. 15y, Andersson 1 s. 28m.

¹²⁵ Ett sådant publicitetsintresse finns t.ex. 8:1 1 st. 1 p. ABL. Denna aspekt kommer inte att beaktas i det följande. Vi tar här uteslutande hänsyn till regler som anses uppställda uteslutande i aktieägarnas intressen i kapitlen. Vidare kan påpekas att 8:15, 17 och 8:18 är straffsanktionerade. I praktiken kommer dessa därför inte att åsidosättas av aktieägarna och dylika regler kommer ej att behandlas vidare nedan.

¹²⁶ Se Andersson (1) s. 131n, 132m. Se även Taxell s. 52y.

¹²⁷ Se Taxell s. 15ö.

¹²⁸ Se Dotevall s. 99x.

¹²⁹ Se Taxell s. 16y och s. 99y.

¹³⁰ Se Taxell s. 99y.

¹³¹ Se Dotevall s. 99x.

¹³² Se Dotevall s. 99m.

¹³³ Se Nial i Festskrift till Knut Rodhe s. 334n f.

¹³⁴ Se Folkesson s. 60m.

tvingande? Någon närmare förklaring till vad som avses med dessa uttalanden ger inte författarna. Dotevalls resonemang synes närmast kunna kopplas till bolagsorganens inbördes ansvar för verksamheten så till vida att hänvisning sker till att just styrelseledamöternas plikter består. Nials uttalande är lättare att tolka än Dotevalls. Nial uttalar bl.a. följande: ”Stämman eller bolagsordningen kan...inte i andra fall än lagen uttryckligen medger tillägga styrelsen befogenheter och skyldigheter, som enligt lagen tillkommer bolagsstämman.”.¹³⁵ I ett annat sammanhang uttrycker han även att ”...reglerna rörande aktiebolags...organ, som åsyftar en fast och ändamålsenlig organisation är tvingande.”.¹³⁶ Vilka regler Nial avser att definiera som tvingande är emellertid svårt att utläsa ur hans uttalande.

Vid granskning av doktrinen är det alltså svårt att få full klarhet i om det finns några absolut tvingande inslag i 8 och 9 kap. ABL och vad detta kan tänkas bestå i. En stor del av regleringen i dessa kapitel anses emellertid enbart relativt tvingande. Om vi således kommer fram till att en regel har denna karaktär torde den i praktiken kunna åsidosättas om samtliga aktieägare är överens.¹³⁷ Detta krav på samtliga aktieägares samtycke kallas ibland ”...SAS-principen...” och innebär att om samtliga ägare är överens står det bolaget fritt att åsidosätta regeln.¹³⁸ Ingen kommer ju att klandra åsidosättandet.

Enligt den så kallade *normskyddsläran* eller som den även benämns läran om skyddat intresse kan inte borgenärer åberopa regler som inte avser att skydda dem.¹³⁹ När t.ex. 12:3 ABL stadgar att ett beslut om vinstutdelning skall tas av ordinarie bolagsstämman, men detta istället sker på en extra bolagsstämman innebär normskyddsläran att åsidosättandet inte kan angripas av borgenärerna.¹⁴⁰ Detta beror på att stadgandet om bolagsstämmans inflyttande är till för att värna om aktieägarnas inflyttande i bolagets angelägenheter och därför inte kan åberopas av borgenärerna enligt nämnda lära.¹⁴¹ Om samtliga aktieägare är överens kommer därför i praktiken ingen att angripa beslutet.¹⁴²

En annan sak är däremot att t.ex. borgenärer under vissa förutsättningar kan angripa ett stämmobeslut som bryter mot en regel i ABL som avser att skydda borgenärer. Bestämmelser av denna karaktären finner vi främst i regler till skydd för det bundna egna kapitalet i 12 kap. ABL.¹⁴³

Mot bakgrund av de sagda kan vi sluta oss till att 8 och 9 kap. i ABL i huvudsak är uppställda i aktieägarnas intresse. Därför torde åsidosättande av regler i 8 och 9 kap. ABL som huvudregel inte kunna angripas av borgenärerna. *Av denna anledning kan vi konstatera att, i alla fall huvuddelen av, den organisatoriska regleringen i 8 och 9 kap. ABL varken är absolut tvingande eller rent dispositiv.* Med detta avser vi att det som regel krävs att samtliga aktieägare är överens för att det skall gå att åsidosätta regleringen i 8 och 9 kap. ABL.¹⁴⁴ Innebörden av detta är att aktieägarna inom vissa ramar har möjlighet att anpassa aktiebolagets organisation efter sina egna intressen.¹⁴⁵ Det är denna möjlighet som vi avser att undersöka och analysera i den här avdelningen III.

¹³⁵ Se Nial i Festskrift till Knut Rodhe s. 335ö. Problematiken kring huruvida det finns en tvingande ”kärna” inom 8 och 9 kap. ABL har även berörts i Prop. 1997/98:99 s. 78m Prop. 1975:103 s. 235x ff, Prop. 1976/77:137 s. 38x, Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 594x.

¹³⁶ Se Nial, Johansson s. 141n, 142ö., Johansson s. 97m.

¹³⁷ Se Taxell s. 5x, Johansson 32x, 173n.

¹³⁸ Se Andersson (2) s. 15x. SAS-principen står för samtliga aktieägares samtycke:

¹³⁹ Se om normskyddsläran i Dotevall s. 176x f., i Bill W Dufwa Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv i Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 174n ff.

¹⁴⁰ Se ABL 9:7 2 st. 2 p.

¹⁴¹ Se Taxell s. 22x, Andersson (1) s. 146x, Johansson s.32x, 173x, SOU 1941:9 s514x

¹⁴² Se Johansson s. 32x, 173n.

¹⁴³ Se Dotevall s. 177m, Kedner, Roos och Skog II s. 264m. Andersson (1) s. 132x. ff., 144y f, Johansson s. 32x, 173n.

¹⁴⁴ Undantag från det sagda är tänkbart i en nullitetssituation d.v.s. när ett beslut inte kan fatta ens med samtliga aktieägares samtycke eftersom en regel t.ex. avser att skydda även framtida aktieägare. Se bl.a. Johansson s. 29m.

¹⁴⁵ Se bl.a. Taxell s. 17ö, 18n, 89x f.

7.1.3 Den organisatoriska regleringen i ABL i förhållande till avtal och annan reglering

Regleringen i ABL 8 och 9 kap. styr frågor kring bolagsorganisation d.v.s. vem som skall kunna utöva inflyttande över bolagets verksamhet och på vilket sätt detta skall ske. Vidare anges vilket bolagsorgan som skall besluta, verkställa och ansvara för förvaltningsåtgärder. Dessa regler är som vi ovan konstaterat i huvudsak uppställt för att skydda aktieägarnas intresse och är därför möjlig att frångå under ovan angivna omständigheter. Detta innebär att t.ex. innehållet i olika avtal eller annan lagstiftning som är styrande för vissa avtalstyper som den juridiska personen kan tänkas ingå får en kompletterande ställning i förhållande till den organisatoriska regleringen i ABL. Med detta avser å ena sidan att avtalet i sig kan innehålla stadgande som får en kompletterande ställning till de regler i ABL som inte är absolut tvingande. Ett exempel på detta skulle kunna vara ett medbestämmandeavtal enligt 32§ medbestämmandelagen (MBL) som innebär att bolagsledningens beslutande funktion överflyttas till ett partsammansatt organ i vilket representanter för fackföreningar ingår.¹⁴⁶ Å andra sidan menar vi att de plikter som ABL ställer upp kompletteras med de plikter som en viss avtalstyp innebär enligt lag.¹⁴⁷ Så länge dylika möjligheterna till inflyttande enligt ett visst avtal eller en viss avtalstyp inte står i strid med absolut tvingande reglering i ABL bör ett kompletterande avtal eller lag gälla utan hinder av ABL.

Vad gäller vårt första exempel ovan med ett medbestämmandeavtal enligt 32§ MBL som innebär att man avtalsvägen överflyttar bolagsledningens beslutanderätt till ett partsammansatt organ, kan avtalet inte gälla oinskränkt framför ABL. Enligt förarbetena till MBL uttalas att beslut "...som i aktiebolagslagstiftningen har förbehållits bolagsstämman torde enligt departementschefen inte kunna överflyttas på annat beslutande organ genom kollektivavtal."¹⁴⁸ Men i övrigt ställer inte ABL upp något avgörande hinder så länge det i praktiken inte blir frågan om att det partsammansatta organet utan ansvar gentemot styrelsen, stämman och tredjeman.¹⁴⁹ Det får alltså inte bli frågan om ett medbestämmandeorgan utan något ansvar som i praktiken dessutom blir oavsättligt.¹⁵⁰

Efter denna inledande diskussion skall vi nu övergå att försöka förklara bakgrunden till ABL:s organisatoriska regler. Detta avser vi göra genom att anta ett något bredare och mer rättsekonomiskt perspektiv.

7.2 Ledningsorganen i ABL

7.2.1 Inledning

Vi skall nu övergå till att behandla konflikten mellan ägare och ledning. Detta aktualiserar frågor som: Hur skall bolagsledningen kunna styras så att deras agerande blir förenligt med aktieägarnas intresse? Hur skall övervakningen av bolagsledningen vara utformad? Är ABL tillräcklig för att sammanlänka ledningens skiftande intressen med aktieägarnas intresse av vinst?

ABL ställer upp ett *tredelat hierarkiskt organisationsschema*, där bolagsstämman är det överordnade organet. Under stämman återfinns bolagsledningen, som i publika bolag består av både en styrelse och en verkställande direktör (8:23 ABL). Inom ledningen är styrelsen överordnad den verkställande direktören.

Bakom dessa regler i ABL ligger en strävan efter en organisation med *klara kompetens- och ansvarsområden*. Detta utgör ett led i syftet att öka förutsebarheten för olika intressenter till bolaget och därigenom minska osäkerheten hos t.ex. kunder, långgivare och aktieägare. Som vi redan sett i föregående avsnitt är en stor del av organisationsreglerna enbart relativt tvingande. Dessa kan alltså åsidosättas enligt SAS-principen. Detta innebär, som vi skall analysera mer nedan, att ett överordnat bolagsorgan i begränsad utsträckning kan styra de

¹⁴⁶ Se Folke Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 150y.

¹⁴⁷ Ett exempel på detta skulle kunna vara kommissionsavtalet som följer regleringen i kommissionslagen

¹⁴⁸ Se Prop. 1976/77:137 s. 38y.

¹⁴⁹ Se Prop. 1976/77:137 s. 38x, Schmidt s. 150y.

¹⁵⁰ Se Schmidt s. 150y.

underordnade organen genom direktiv.¹⁵¹ Det skall dock påpekas att organisationsreglerna i ABL ger bolagsledningen en mer självständig ställning än vanliga syssломän.¹⁵² Strävan efter att ge organisationen klara kompetens- och ansvarsområden har dock inte hindrat lagstiftaren att ge bolagsorganen inslag av både tillsyns och ledningsfunktioner.¹⁵³

7.2.2 Bolagsstämma

Bolagsstämman är som redan nämnts bolagets högsta beslutande organ. Det är genom denna som aktieägarna kan utöva sitt inflyttande på bolagets verksamhet.¹⁵⁴ Stämman såsom formell beslutsform regleras i 9 kapitlet ABL. Ordinarie bolagsstämma hålls, enligt 9:7 ABL en gång per räkenskapsår. Extra bolagsstämma kan hållas mellan 4 till 8 veckor från att t.ex. en tiondel av aktieägarna skriftlig begär det, enligt 9:8 och 13 st 1 p 2 ABL. I övrigt innehåller 9 kapitlet en mängd formella detaljföreskrifter för vad som skall behandlas och vilka majoritetskrav som ställs på olika stämmobeslut.

ABL pekar ut *bolagsstämmans kompetens* i en mängd sprida stadgande. Denna innefattar bl.a. kompetens att ändra bolagsordning, utse och entlediga styrelsen m.m. Däremot saknar stämman i princip kompetens att företräda bolaget mot tredje man.¹⁵⁵ Mot denna bakgrund framstår stämman föga lämpad att i detalj styra bolagets verksamhet. Bolagsstämman har därför genom 8:6 ABL kompetens att *utse en styrelse* som svara för bolagets organisation och förvaltning.

I privat aktiebolag kan dock styrelsen utses av annan än stämman.¹⁵⁶ Att denna utses av verkställande direktör, revisor eller av styrelsen själv anses emellertid strida mot principerna om ansvarsfördelning och lagens kompetensfördelning.¹⁵⁷

Även om själva förvaltningen av bolaget ligger utanför bolagsstämmans kompetens har den möjlighet att fatta beslut i alla bolagets angelägenheter.¹⁵⁸ Stämman kan i viss utsträckning utöva detta inflyttande över styrelsen genom att utforma beslutet som *direktiv till styrelsen*.¹⁵⁹ Dessa är i princip bindande för styrelsen, vilket vi skall utveckla mer nedan.¹⁶⁰ Med tanke på att styrelsen innehar ett förtroendeuppdrag kan stämman ytterst alltid entlediga och/eller kräva skadestånd av en olydig styrelse enligt 8:11 och 15:1 ABL.¹⁶¹

I viss angiven utsträckning kan även stämman *delegera* uppgifter *till styrelsen* enligt ABL. Exempel på detta kan vara ABL 4:15, 5:9 där bolagsstämman kan delegera beslut om nyemission av aktier eller konvertibla skuldebrev till styrelsen.¹⁶²

Även om själva förvaltningen av bolaget, som ovan nämnts, ligger utanför bolagsstämmans kompetens talas det i doktrinen om existensen av en oskriven exklusiv bolagsstämmo-kompetens.¹⁶³ Med detta avses att styrelsen

¹⁵¹ Se bl. a. Prop 1975:103 s. 236y, 374y, Prop 1997/98:99 s. 79m, SOU 1941:9 s321nf, 1995:44 s. 157m, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Dotevall s. 84n f, Åhman s. 222x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 336y, 337y, Taxell s. 102ö.

¹⁵² Se Åhman s. 304n, 526x, Dotevall s.128x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s.339x

¹⁵³ Se exempelvis SOU 1995:44 s. 146ö f

¹⁵⁴ Se ABL 9:1, Prop 1997/98:99 s. 75n f, SOU 1995:44 s. 154y, Åhman s. 599n, Kedner, Roos och Skog I s. 270x, Dotevall s. 30n, Andersson (1) s. 146x.

¹⁵⁵ Se Johansson Bolagsstämman s. 98m, SOU 1941:9 s. 304n f, Kedner, Roos och Skog I s. 270m, Dotevall s 30x, angående tolkning av ABL 8:29,30. Undantag från det sagda återfinns i t.ex. 9:42, 15:8 ABL.

¹⁵⁶ Se Prop 1997/98:99 s. 84y, Kedner, Roos och Skog I 233n f.

¹⁵⁷ Se Prop 1975:103 s. 369x, Kedner, Roos och Skog I s. 233n f.

¹⁵⁸ Se Kedner, Roos och Skog I s. 242m, Nials utlåtande i NJA 1960s.698 s. 706ö.

¹⁵⁹ Detta får inte ske i sådan utsträckning att bolagsledningen förlorar sin ställning som självständigt bolags organ. Se bl. a. Prop 1975:103 s. 236y, 1995:44 s. 157m, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Dotevall s. 84nf, Åhman s. 222x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 336y, 337y, 338m, Taxell s. 102ö Rodhe aktiebolagsrätt s. 162n. Se vidare vår behandling av ämnet i avsnitt III.3.2 nedan.

¹⁶⁰ Se bl.a Prop 1975:103 s. 236y, 374y, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 336y, 337y, Nials utlåtande i NJA 1960s.698 s. 706f.,

¹⁶¹ Se Dotevall s. 30n f, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 343ö, Kedner, Roos och Skog I s. 235n f.

¹⁶² Se Kedner, Roos och Skog I s. 242m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 53y, 62x.

skulle vara tvungen att underkasta särskilt ingripande frågor stämmans prövning. Denna oskrivna exklusiva bolagstämkompetens torde dock i viss mån vara begränsad av krav på snabbhet och diskretion.¹⁶⁴

En generell begränsning i bolagsstämmans kompetens ligger också i det faktum att den inte får fatta beslut som kan ge otillbörlig fördel t.ex. åt aktieägare eller annan och till nackdel för bolaget, enligt 9:37 ABL.¹⁶⁵

7.2.3 Styrelse

Styrelsen utses för att svara för *förvaltning av bolagets angelägenheter* och dess organisation enligt 8:3 ABL. Den yttre gränsen för kompetensen sätts av verksamhetens art och syfte.¹⁶⁶ Inom detta bestäms styrelsens kompetens i det närmaste negativt, d.v.s. styrelsen kan agera i allt som inte bolagsstämman har exklusiv kompetens till.¹⁶⁷

Bolagsledningen, som styrelsen svarar för, har som nämnts ovan i princip exklusiv kompetens att företräda bolaget gentemot tredje man.¹⁶⁸ Stämman kan däremot ge direktiv t.ex. om att styrelsens firmateckningsrätt endast får utövas gemensamt.¹⁶⁹

Styrelsen är ett kollegialt organ. ABL uppställer därför vissa krav för bl.a. hur många ledamöter som måste vara närvarande vid beslutstillfället och hur många som måste stödja ett förslag.¹⁷⁰ Här finns även en särskild jävsregel, som vi skall återkomma till nedan.

Vidare svarar som redan nämnts styrelsen för *bolagets organisation*. Detta innebär bl.a. att de i ett publikt bolag utser den verkställande direktören att handha den löpande förvaltningen, men även att de vid sidan av denne kan utse annan att företräda bolaget enligt 8:23 och 31 ABL.¹⁷¹ Även om styrelsen på detta sätt svarar för bolagets organisation kan bolagsstämman dock utöva inflyttande genom att ange inom vilken krets som den verkställande direktören skall utses t.ex. att denne måste vara medlem av styrelsen.¹⁷² I ett publikt bolag måste styrelsen även utse en ordförande inom sig. Vidare skall styrelsen skriftligen ange arbetsfördelningen mellan styrelsen, verkställande direktör och andra inom bolagsledningen som styrelsen utsett enligt 8:3 3 st. ABL.¹⁷³ Styrelsen kan utöva inflyttande över den bolagsledning som de själva utsett genom att lämna dem direktiv.¹⁷⁴ Dominansen får dock inte bli för omfattande.¹⁷⁵ Inflyttandet får inte heller utövas genom att stora delar av verkställande direktörens uppgifter överförs på annan t.ex. en arbetande styrelseordförande.¹⁷⁶

¹⁶³ Se Johansson s. 153x ff, 161x, 271y, Taxell s. 102n f, Nial i festskrift till Knut Rodhe s.339n ff, Kedner Roos och Skog I s. 260y, Dotevall s.79n f f. Jfr dock Åhman s. 519f f och särskilt 526n och 532m t.o.m. 534m, Nial och Johansson Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 119m.

¹⁶⁴ Se Dotevall s. 80y.

¹⁶⁵ Se bl.a. Kedner, Roos och Skog I s. 306x f.

¹⁶⁶ Se bl.a. Dotevall s. 79x. Angående tolkningen av verksamhetsföremålet se nedan under avsnittet om ansvar enligt 15 kapitlet ABL.

¹⁶⁷ Se SOU 1941:9 s. 321ö, Kedner, Roos och Skog I s. 242x, Åhman s. 511x ff

¹⁶⁸ Se exempelvis Kedner, Roos och Skog I s. 256x och jämför med det sagda i avsnittet om bolagsstämman.

¹⁶⁹ Se Kedner, Roos och Skog I s. 257x

¹⁷⁰ Se ABL 8:18 och 19. Krav på beslutsförhet kan enbart skärpas genom bestämmelser i bolagsordningen, medan majoritetskraven även kan mildras via bestämmelser i bolagsordningen.(Se Kedner, Roos och Skog I s. 252ö)

¹⁷¹ Se bl.a. Dotevall s. 40ö.

¹⁷² Se Åhman s. 605m, Kedner, Roos och Skog I s. 234x, 238x.

¹⁷³ Se Kedner, Roos och Skog I s. 243n, Dotevall s. 40m, Carl Svernlöv Arbetsordning och andra instruktioner i aktiebolaget s. 38n f, 52m f.

¹⁷⁴ Se bl.a. ordalydelsen i 8:25 1 st 1 p d.v.s.”... sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar.Prop 1975:103 s. 374m, 375n, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 163y, Dotevall s. 85ö.

¹⁷⁵ Se Prop 1975:103 s. 374y, 375n, Prop 1997/98:99 s. 79m, SOU 1941:9 s 321nf, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 163n.

¹⁷⁶ Se Kedner, Roos och Skog I s. 249x, vilket torde ligga i linje med uttalande i Prop 1975:103 s. 374y, 375n, Prop 1997/98:99 s. 79m, SOU 1941:9 s 321n f.

Begreppet arbetande styrelseordförande återfinns ej i ABL utan ligger vid sidan av lagen.¹⁷⁷ Med arbetande avses att styrelseordförande också handhar uppgifter i den löpande förvaltningen.¹⁷⁸ I dessa fall gör styrelse en uppdelning av verkställande direktörens uppgifter mellan de båda.

Ytterst får därför kontrollen utövas genom att styrelsen entledigar och utser ny verkställande direktör. I rollen att svara för bolagets organisation ligger även att styrelsen skall utöva tillsyn över bolagets verksamhet.¹⁷⁹

7.2.4 Verkställande Direktör

Verkställande direktören kan som nämnts ovan vara medlem av styrelsen. Även om så inte är fallet har han rätt, enligt 8:16, att både närvara och yttra sig vid styrelsesammanträden, trots att han inte kan deltaga i själva besluten.

Den verkställande direktören svarar för *den löpande förvaltningen* enligt 8:25. Detta innebär att hans kompetens innefattar "...alla åtgärder som inte med hänsyn till omfattningen och arten av bolagets verksamhet är av osedvanlig beskaffenhet eller stor betydelse...".¹⁸⁰ Omfånget blir alltså beroende av verksamhetens storlek och art.¹⁸¹ Denna kompetens omfattar också, enligt 8:30, rätten att företräda bolaget gentemot tredje man. Den verkställande direktören har alltså i princip kompetens att vidta alla åtgärder som är nödvändiga för driften av bolagets verksamhet.¹⁸²

Utöver detta innefattar kompetensen även möjlighet att agera utanför detta område i de fall när styrelsebeslut inte kan avvaktas utan väsentlig olägenhet. Verkställande direktören har dock i dessa fall en förstärkt informationsplikt gentemot styrelsen.¹⁸³

Vid konflikt mellan den verkställande direktören och annan av styrelsen utsedd ställföreträdare gäller den förres mening över den senares till dess styrelsen tagit ställning.¹⁸⁴ Detta gäller oberoende av om styrelsen har utsett den andra ställföreträdaren vid sidan av den verkställande direktören och överfört den del av den löpande förvaltningen som konflikten rör till den förre.¹⁸⁵

I ansvaret för den löpande förvaltningen ligger också att verkställande direktören svarar för att bolaget har en tillfredsställande organisation. Detta innebär att han har kompetens att utse och skyldighet att utöva tillsyn över underordnade befattningshavare.¹⁸⁶ Dessa ligger vid sidan av lagens regler vilket innebär att de vid en konflikt endast kan inta en rådgivande ställning i förhållande till den verkställande direktören.¹⁸⁷

7.3 Ledningens lydnads- och lojalitetsplikt

7.3.1 Inledning

Efter denna kortfattade deskriptiva beskrivning av bolagsorganens olika kompetenser och möjligheter att utöva inflyttande över underordnade bolagsorgan skall vi nu övergå till att analysera de yttre gränserna för denna styrning och kontroll. Vi skall i detta avsnitt fokusera på främst följande frågeställningar:

- I vilken utsträckning är ett underordnat bolagsorgan skyldig att följa direktiv?

¹⁷⁷ Se Kedner, Roos och Skog I s. 249x. Regler om arbetande styrelseordförande har övervägts i Prop. 1997/98:99. Se s. 89x.

¹⁷⁸ Se Fermenta rapporten s. 174x

¹⁷⁹ Se Kedner, Roos och Skog I s. 243m.

¹⁸⁰ Se Prop 1975:103 s. 374m.

¹⁸¹ Se Prop 1975:103 s. 375x, NJA 1958 s. 186, (särskilt 193x), NJA 1968 s. 375 ((Se utlåtande från Nial om vad löpande förvaltning omfattar, 383m f) särskilt 386y), Kedner, Roos och Skog I s. 244n f, Dotevall s. 84m. Angående tolkningen av verksamhetsföremålet se nedan under avsnittet om ledningens skadeståndsansvar.

¹⁸² Se Prop 1975:103 s. 375ö, Kedner, Roos och Skog I s. 244y

¹⁸³ Se Prop 1975:103 s. 374y, Kedner, Roos och Skog I s. 243x

¹⁸⁴ Se Fermenta rapporten s. 174x.

¹⁸⁵ Se Kedner, Roos och Skog I s. 232x, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165y, Åhman s. 596m. Detta hör samman med att bolagsorganens kompetens områden är tvingande gentemot tredje man.(Se Åhman s. 532y, 956n, Taxell s. 16ö, se även EU-rättsliga regler som t.ex. Publicitetsdirektivet (68/151/EEG) 9 artikeln 2 momentet)

¹⁸⁶ Se Prop 1975:103 s. 376x, Kedner, Roos och Skog I s. 244y

¹⁸⁷ Se Rodhe s. 165x, Se även Kedner, Roos och Skog I s. 260n, Taxell s. 89y.

- I de fall där det inte finns någon lydnaplukt, vad är det då som skall styra det underordnade organets handlande?

7.3.2 Direktiv från överordnat bolagsorgan

Är då ställföreträdarna skyldiga att följa *direktiv från bolagsstämman till styrelsen*? Nial beskrev situationen i ett utlåtande i NJA 1960 s. 698. Inledningsvis konstaterade han att bolagsstämman har kompetens att besluta och lämna styrelsen direktiv i alla bolagets angelägenheter.¹⁸⁸ Enligt ett numera utmönstrat stadgande i äldre aktiebolagsrätt ansågs dessa bindande för styrelsen.¹⁸⁹ I propositionen till nuvarande lag uttalas dock att styrelsen är "...i princip skyldig att rätta sig efter lämnade..." bolagsstämmodirektiv.¹⁹⁰ I doktrinen har detta sammantaget tolkas så att styrelsens lydnaplukt kvarstår.¹⁹¹

Omfattningen av styrelsens lydnaplukt är dock begränsad. Stämman får enligt Propositionen inte utöva inflytande "...i sådan utsträckning att styrelsen förlorar sin ställning som ansvarig handhavare av förvaltningen..."¹⁹² Att vidta sådan styrning och kontroll av styrelsens förvaltning "...överensstämmer...inte med lagens anda och mening..."¹⁹³ Nial har angivit som allmän riktlinje för lydnapluktens omfång att styrelsen "...måste rätta sig efter stämmans anvisningar beträffande viss enstaka åtgärd, t.ex. ett avtal med tredje man och beträffande åtgärder av viss typ, som inte ingår i den normala förvaltningsverksamheten, t.ex. försäljning av fast egendom eller upptagande av obligationslån. Däremot bör inte styrelsens kompetens kunna begränsas så att den måste ha stämmans samtycke till ofta förekommande åtgärder av vanlig typ..."¹⁹⁴

Även inom det, ovan beskrivna, område där styrelsen som huvudregel har en principiell lydnaplukt finns det undantag. En yttre gräns för lydnaplukten återfinns dock i det generella stadgandet 8:34 2 st.¹⁹⁵ Här ges en generell skyldighet för bl.a. styrelsen att inte följa direktiv från bolagsstämman om dessa strider mot ABL, redovisningslagstiftning eller bolagsordning. Här talas alltså om en skyldighet att inte lyda överordnat organ. Huvudregeln är emellertid att styrelsen har en plikt att verkställa även i princip affärsmissigt olämpliga direktiv.¹⁹⁶ Styrelsen är dock inte skyldig att följa *bolagsskadliga direktiv*. Vad innebär då ett bolagsskadligt direktiv? Räcker det med att vi kan konstatera att bolaget riskerar skadestånd om direktivet verkställs? Svaret på den sista frågan bör bli nekande. Bolagets ställföreträdare har en mycket friare ställning än vanliga syssломän, vilket skall behandla mer nedan, och deras lojalitetsplikt mot bolagets intressen gäller oavsett vem som utsett dem. Vidare är de skyldiga att vissa handlingskraft genom att ta affärsmissiga risker för att uppnå syftet med bolagets verksamhet, vilket in dubio utgörs av vinstmaximering enligt 12:1 st. 2 ABL.¹⁹⁷

Detta sammantaget gör att styrelsen får anses ha *en skyldighet att självständigt pröva* om ett i det korta perspektivet bolagsskadligt direktiv ändå kan gynna bolagets intressen på lång sikt.¹⁹⁸ Ett konkret exempel på detta skulle kunna vara att stämman ger styrelsen direktiv att bryta ett ingånget avtal. Om styrelsen finner efter prövning att avtalsbrottet gynnar bolaget på längre sikt är de skyldiga att verkställa direktivet, även om detta

¹⁸⁸ Se NJA 1960 s. 698 sida 706ö.

¹⁸⁹ Se NJA 1960 s. 698 sida 706x, Se även Nial i festskrift till Knut Rodhe s.334n f angående 92§ i 1944 års ABL.

¹⁹⁰ Se Prop 1975:103 s. 236y, Se även SOU 1995:44 s. 157m. Här uttrycker man sig som så att "...styrelsen i sin förvaltning är skyldig att rätta sig efter särskilda föreskrifter som meddelats av bolagsstämman..."

¹⁹¹ Se Nial i festskrift till Knut Rodhe s.334n f, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Taxell s. 101y, Dotevall s. 31ö, Johansson s. 149m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 162y, Åhman s. 599ö.

¹⁹² Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även SOU 1995:44 s. 157y.

¹⁹³ Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även SOU 1995:44 s. 157y.

¹⁹⁴ Se Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 338m. Även Åhman drar en liknande slutsats d.v.s. "...att stämman vid enstaka tillfällen eller beträffande angelägenheter som till sin typ är sällan förekommande eller av stor betydelse får göra intrång på styrelsens förvaltningsområde..." (Se Åhman s. 604m.)

¹⁹⁵ Se SOU 1995:44 s. 157y, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 188y, 245x, Taxell s. 101y, Dotevall s.31x, Åhman s. 599ö, Kedner, Roos och Skog I s. 260nf.

¹⁹⁶ Se Dotevall s. 91x.

¹⁹⁷ Se Dotevall s. 79x, 113n f, 128x, Åhman s. 651ö.

¹⁹⁸ Se Kedner, Roos och Skog I s. 261y, Nials utlåtande i NJA 1960 s. 698 s706y,707x, 707y, se även Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 343m, Taxell s. 101n, Dotevall s. 79x, 89x, särskilt 91x.

skulle innebära att bolaget blir skadeståndsskyldigt i det korta perspektivet.¹⁹⁹ Styrelsen behöver inte ens vara säker på att det gynnar bolaget, utan de torde kunna ta en risk så länge den kan anses som affärsmässig.²⁰⁰

Om styrelsen istället kommer fram till att direktivet ovan är oförenligt med bolagets intressen och att verkställande av detta uppenbarligen skulle riskera att skada bolaget är de istället skyldiga att vägra verkställande.²⁰¹ Detta innebär att vi nått gränsen för lydndsplikten mot stämman. Här tar istället styrelsens lojalitetsplikt mot bolaget över. Lojalitetsplikten inträder alltså redan när risken är uppenbar att bolaget skall skadas.

Styrelsen kan i de fall när lojalitetsplikten väger tyngst antingen agera aktivt genom att klandra bolagsstämmobeslutet eller passivt genom att inte följa direktivet.

I de fall som utpekats i 9:39 ABL måste styrelsen klandra stämmobeslutet eftersom de annars efter tre månadersfristens utgång blir tvungna att verkställa beslutet enligt 9:40 förutsatt att det inte är fråga om en nullitet.²⁰²

Vad gäller fall där *bolagsstämman lämnar verkställande direktören direktiv* direkt gäller i princip samma lydnds och lojalitetsplikt som vi ovan beskrivit för styrelsen. En skillnad ligger dock i att verkställande direktören i de fall där han, efter sin prövning, finner att han inte kan följa direktivet bör underrätta styrelsen om detta. Styrelsen får sedan göra den avgörande prövningen om direktivet kan verkställas eller ej.²⁰³

Vad sedan gäller fallet att *styrelsen lämnar verkställande direktören direktiv* så följer liknade begränsningar av den senares lydndsplikt som de som vi beskrivit ovan om när stämman lämnar styrelsen direktiv.²⁰⁴

Slutsatsen av de här beskrivna fallen bör bli *att bolagsledningen i form av styrelsen och verkställande direktören har en självständig plikt att pröva om direktiv från överordnat bolagsorgan ryms inom deras lydndsplikt eller om deras lojalitetsplikt mot bolaget skall ta över.*

Det överordnade bolagsorganet kan dock alltid utöva sitt inflyttande genom att entlediga den ”olydiga” underordnade.²⁰⁵ Likaså kan plikten att lyda överordnat bolagsorgan även sägas vara sanktionerat genom att den trilskande, som nämnts, i en del fall kan bli skyldig att ersätta den skada som orsakas bolaget genom den senares vägran.²⁰⁶

7.3.3 Sammanfattning

Ställföreträdare inom ABL har sammanfattningsvis en mer fristående ställning än vad som normalt gäller för syssloman. En syssloman har t.ex. normalt en plikt att rådfråga sin huvudman vid osäkerhet. Inom ramen för förvaltande bolagsorgans uppdrag finns inte samma skyldighet att, vid osäkerhet, rådgöra med huvudmannen. Detta beror dels på organisationsreglerna i 8 och 9 kap. ABL, dels på de begränsningar i direktivrätt som finns inom ABL. Överordnat organ äger inte i detalj begränsa och styra underordnat bolagsorgans förvaltningsuppdrag. Ställföreträdaren får inte heller följa direktiv av bolagsskadlig karaktär. Dessutom har ställföreträdaren en plikt att på egen hand ta affärsmässiga risker för att uppnå vinstsyftet i 12:1 1 st. ABL.²⁰⁷ *Resultatet härav blir att underordnat förvaltningsorgan har att agera självständigt och alltid har att pröva dels*

¹⁹⁹ Se Dotevall s. 91x

²⁰⁰ Se Dotevall s. 85m, 88y, 128x, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 271n f jämfört med hänvisningen till s. 122 f se särskilt s. 123m.

²⁰¹ Se Kedner, Roos och Skog I s. 261m, Nials utlåtande i NJA 1960 s. 698 s706m,707m, Nial i festskrift till Knut Rodhe s.335n Taxell s. 101n, Dotevall s. 89x, 91y, 124m.

²⁰² Se Dotevall s. 89m.

²⁰³ Se Dotevall s. 90ö.

²⁰⁴ Se bl.a. 8:25 ABL där det stadgas att verkställande direktören skall sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar (se även Kedner, Roos och Skog I s. 242n f). Detta får dock inte ske i för stor omfattning, se Prop. 1975:103 s. 374y, 375n, Prop. 1997/98:99 s. 79m, SOU 1941:9 s 321n f, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 163n.

²⁰⁵ Se Prop 1975:103 s 237m, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 343ö, Taxell s. 101n.

²⁰⁶ Se Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 343x.

²⁰⁷ Se Åhman s. 304n, 526x, Dotevall s.128x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 336n f, 339ö

huruvida direktiv från överordnade organ får ges, dels framför allt huruvida detta uppenbart medför risk för skada å bolaget. Dessa överväganden får ligga till grund för gränsdragningen mellan ställföreträdarens lydnessplikt mot överordnat organ respektive lojalitetsplikt gentemot bolaget.

7.4 Ledningens skadeståndsansvar

7.4.1 Inledning

Bolagsledningen, d.v.s. styrelsens och verkställande direktörens skadeståndsansvar, regleras i 15 kap. ABL. Detta är ingen uttömmande reglering av bolagsledningens ansvar. En heltäckande beskrivning kräver även att man beaktar reglerna i den allmänna skadeståndsrätten, t.ex. skadeståndslagen, sysslomannaregler, köprättslig reglering m.m.²⁰⁸ En sådan framställning skulle dock lätt kunna föra för långt. *I detta avsnitt syftar vi främst till att ge en bild av skadeståndsansvaret som gränsdragning för ledningen lojalitetsplikt gentemot bolaget.* Var gränsen för ledningens lojalitetsplikt skall dras kan diskuteras. Denna gräns måste inte nödvändigtvis vara samstämmig med den gräns vid vilken skadeståndsansvar inträder för ledningen, d.v.s. där de måste följa sin lojalitetsplikt för att inte drabbas av skadeståndsansvar.

Mot bakgrund av vad som ovan nämnts har vi främst för avsikt att här beskriva ansvaret för bolagsledningen enligt 15 kap. ABL. Vi skall också mer övergripande beröra annan reglering som kan bli aktuell för sådana personer som ingår i ledningen, men vars ansvar ej regleras i 15 kap. ABL. Övriga typer av ansvar som kan bli aktuella faller dock utanför denna beskrivning. Exempel på detta kan vara regler för situationer där ledningen intar ett tredjemansförhållande till bolaget enligt t.ex. köprättsligreglering.

7.4.2 Gränserna för ansvar enligt 15 kap. ABL

15 kap. ABL är en utvidgning av skadeståndsansvaret som annars gäller för ren förmögenhetsskada.²⁰⁹ Denna typ av ekonomiska skada saknar samband med person- och sakskada och ersätts normalt enbart vid brott enligt 2:4 Skadeståndslagen.²¹⁰ 15 kap. ABL är dock som redan nämnts en begränsad reglering. För det första regleras endast ansvaret för vissa i lagen uppräknade personer. För det andra stadgas bara ansvar för åtgärder inom ramen för bolagsledningens uppdrag. Vidare kräver skadeståndsansvaret att handlingen är uppsåtlig eller oaktsam. Givetvis måste en prövning ske där adekvat orsakssamband kan fastställas mellan den uppsåtliga eller oaktsamma handlingen och skadan. Ansvaret prövas enskilt och inte i grupp, även om ansvaret i sig är solidariskt enligt 15:6 om flera bedöms som skadeståndsskyldiga.²¹¹ Den grupp av skadelidande som omfattas är bolaget, aktieägare eller annan.

Grundförutsättningen för att skadeståndsansvar alls skall kunna uppstå är givetvis att *skada* skall uppstått för bolaget eller annan. Här kan generellt sägas att det skall var fråga om en fullbordad skada. Därmed menas att det inte är tillräckligt att det fanns en uppenbar risk för att bolaget skulle skadas om det senare visar sig att skadan inte fullbordas.²¹² Att det fanns risk för skada är något som istället skall vägas in i den subjektiva bedömningen nedan samt i bedömningen av om orsakssambandet är adekvat.²¹³ Vidare kan ansvaret sägas vara hårdast gentemot bolaget enligt 15:1 1 p. ABL. Detta är en följd av att ansvaret mot annan, t.ex. en borgenär, dessutom enligt 15:1 2 p. ABL förutsätter att den skadegörande handlingen bryter mot bolagsordningen, ABL eller tillämplig årsredovisningslagstiftning.²¹⁴ Vid granskning av det senare är det inte alla regler i bolagsordning och ABL som blir relevanta. Det är endast regler som avser att skydda tredje mans intressen som kan bli aktuella i

²⁰⁸ Se Kedner, Roos och Skog II s. 260n, Dotevall s. 17x.

²⁰⁹ Se Dotevall s. 168ö.

²¹⁰ Se SOU 1995:44 s245y, Hellner, Skadeståndsrätt s. 22y, 28m, Dotevall s. 39y.

²¹¹ Se Kedner, Roos och Skog II s. 261y, 262y, 271n f.

²¹² Se Dotevall s. 50n, 51y.

²¹³ Se Stefan Linskog Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. s. 181x, Dotevall s. 46x f, 48m.

²¹⁴ Se Kedner, Roos och Skog II s. 263n.

detta sammanhang enligt normskyddsläran.²¹⁵ Ett exempel på regler som är uppställda för tredje man är reglerna om bundet eget kapital, till skydd för borgenärerna, i 12 kap. ABL.²¹⁶

När det sedan gäller *indirekt skada*, d.v.s. att aktieägare eller borgenär skadas, p.g.a. att bolaget skadas, så är ansvaret för bolagsledningen mer begränsat.²¹⁷ Aktieägares rätt till skadestånd i dessa situationer är begränsad till åtgärder som utgör brott mot likhetsprincipen eller generalklausulen.²¹⁸ För borgenärsers del krävs enligt rättspraxis att bolaget antingen blivit insolvent eller att insolvensen förvärrats av handlingen.²¹⁹

Nästa förutsättning för att ansvar enligt 15 kap. ABL skall kunna göras gällande är som nämnts att det rör sig om någon av de *personkategorier* som utpekats i kapitlet. Här uppräknas stiftare, styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, lekmannarevisor, särskild granskare och aktieägare. Ansvaret för de i bolagsledningen som inte ryms här regleras inte i ABL utan för dessa gäller vanliga skadeståndsregler för sysslomannaskap.²²⁰ För att avgöra ansvaret mot bolaget för sådana personer får prövning då ske enligt reglerna i 18 kap. HB, 10:5 BrB och 2:4 Skadeståndslagen m.m..²²¹ När det gäller ansvar mot annan kan även t.ex. 25§ Avtalslagen bli aktuell.²²² Exempel på personer som på detta sätt faller utanför 15 kap. ABL skulle kunna vara en särskild firmatecknare enligt 8:31 ABL eller någon annan inom bolagsledningen som är involverad i förvaltning av bolagets angelägenheter.²²³ Inom ramen för detta avsnitt tänker vi dock som nämnts enbart behandla bolagsledningen d.v.s. styrelsemedlem och verkställande direktör.

Det räcker emellertid inte att vi kan fastställa att någon faller inom personkategorierna ovan. Dessutom krävs att åtgärden eller underlåtenheten har förekommit *vid fullgörande av dennes uppdrag* enligt 1 § 1 p. Detta innebär att styrelseledamöter svarar för åtgärder som vidtagits eller inte vidtagits inom området för styrelsens förvaltning. Verkställande direktören i sin tur svarar för åtgärder och underlåtenheter inom ramen för den löpande förvaltningen.²²⁴ Utanför detta ansvar faller därmed bl.a. åtgärder där en styrelseledamot enligt ett särskilt avtal åtagit sig att leverera varor till bolaget och sedan inte fullgör sina plikter enligt överenskommelsen. Ansvar för sådan underlåtenhet som faller utanför styrelseledamotens uppdrag får i stället bedömas enligt köprättens regler.²²⁵

Om vi nu kommer fram till att det skadegörande momentet har företagit inom uppdraget blir nästa fråga om man dessutom kan rubricera handlingen som uppsåtligt eller oaktsamt. Här måste vi inledningsvis skilja det fall att en åtgärd eller en underlåtenhet ryms inom verksamhetsföremålet från det fallet att den kan anses ligga utanför föremålet för bolagets verksamhet. Anledningen till detta är att culpabedömningen ser något olika ut i de båda fallen. Detta beror på att bolagsledningen, som nämnts ovan i avsnitt III.3.3, har en friare ställning än

²¹⁵ Se avsnitt III.3.1.2 och Prop. 1975:103 s. 540n, SOU 1941:9 s. 632m, Dotevall s. 167x, 176n f, Kedner, Roos och Skog I 263n f. Se även om normskyddsläran i Dotevall s. 176x f., i Bill W Dufwa Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv i Festskrift till sveriges advokatsamfund s. 174n ff.

²¹⁶ Se Prop 1975:103 s. 540n, Kedner, Roos och Skog I 264ö, Dotevall s. 177x, Dotevall (s. 185m) pekar även på NJA 1996 s. 224 där borgenär ges ersättning för direkt skada p.g.a. kreditgivning som grundats på felaktiga uppgifter om bolagets ekonomiska ställning.

²¹⁷ Huvudregel i svensk rätt är att indirekt skada inte är ersättningsgill.(se Prop 1975:5 s. 159x, Dotevall s.178x, Hellner s. 362ff). 15:1 ABL utgör ett av undantagen från denna huvudregel (se Dotevall s. 178ö, 183n ff, Kedner, Roos och Skog II s. 264m f.).

²¹⁸ Se Prop 1997/98:99 s190x, 195m, SOU 1995:44 s.257 ff, Kedner, Roos och Skog II s. 265x, Dotevall s. 182y f, 183n f, 186ö

²¹⁹ Se NJA 1979 s.157, Se även Prop 1997/98:99 s190ö, SOU 1995:44 s247y, SOU 1941:9 s. 642 not 3, Dotevall s. 184x f, Kedner, Roos och Skog II s. 121ö, 264y, Andersson Kapitalskyddet i aktiebolaget s. 11n f, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 224y.

²²⁰ Se Kedner, Roos och Skog II s. 263x.

²²¹ Se Tiberg och Dotevall Mellanmansrätt s.25 ff. Här får även beaktas regler som ej är stadgande i lag t.ex. sysslomannens ansvar gentemot sin huvudman för befogenhetsöverskridanden.(se s. 28x, 29ö), Se även Dotevall s. 39 f.

²²² Se Dotevall s.39y, Tiberg och Dotevall s. 69n ff.

²²³ Se Kedner, Roos och Skog II s. 263x.

²²⁴ Se Kedner, Roos och Skog II s. 262x.

²²⁵ Se Kedner, Roos och Skog II s. 264x.

syssломän i allmänhet. Bolagsledningen har därför i det närmaste en plikt att visa handlingskraft och ta affärsmässiga risker inom verksamhetsföremålet för att uppnå syftet med bolagets verksamhet.²²⁶ Följden av det sagda bör bli att bolagsledningen kan ta mycket större risker inom verksamhetsföremålet än utanför innan handling kan rubriceras som oaktsam. Med hänsyn till detta torde ansvar mer sällan kunna göras gällande inom verksamhetsföremålet.

Följden blir att vi som ovan nämnt måste skilja dessa två fall åt. För att kunna göra detta måste vi därför först bestämma omfånget på verksamhetsföremålet. Frågan blir därför: Hur fastställer vi vad som kan anses inbegripas i föremålet för bolagets verksamhet? Verksamhetsföremålet skall tolkas objektivt, men detta bör inte ske alltför abstrakt och strikt semantiskt utifrån vad som angivits i bolagsordningen.²²⁷

När vi kommit så här långt i bedömningen att vi kan avgöra om åtgärden eller underlåtenheten kan anses falla inom eller utanför verksamhetsföremålet blir nästa steg den materiella culpabedömningen. Dotevall menar att vi här får använda *syftet med bolagets verksamhet* som måttstock för att avgöra om en förvaltningsåtgärd kan anses oaktsam.²²⁸ Han pekar dock på svårigheterna att konkretisera syftet på ett användbart sätt.²²⁹ Författaren menar att även om vi kommer fram till att syftet är att gynna aktieägarna så kan detta ske på olika sätt t.ex. genom att maximera aktiernas börsvärde eller maximera bolagets vinstmedel o.s.v.²³⁰

Vid prövningen av om uppsåt och oaktsamhet föreligger enligt ABL:s 15 kap. är vi av denna anledning i allmänhet hänvisade till de allmänna skadeståndsrättsliga principerna.²³¹

Övriga förutsättningar ovan avser vi inte att kommentera vidare. Vi vill dock något ta upp betydelsen av att styrelseledamöterna och verkställande direktören har *beviljats ansvarsfrihet* enligt 9:7 2 st. 3 p. ABL. Innebörden av att dessa beviljas ansvarsfrihet blir att det enligt huvudregeln inte kan göras gällande något ansvar gentemot bolaget.²³² Enligt förarbetena får det "...anses ligga i sakens natur att, om ansvarsfrihet beviljats, detta beslut är slutgiltigt i så måtto att ny bolagsstämma ej kan besluta att bolaget skall väcka skadeståndstalan."²³³ Från detta görs undantag i tre fall. Det första fallet rör en situation där ägarna av minst en tiondel aktierna på stämman har röstat emot ett förslag om ansvarsfrihet, enligt 15:7 ABL.²³⁴ Det andra fallet rör den händelse att mer än nio tiondelar av ägarna av aktierna på stämman röstat för ett förslag om ansvarsfrihet, men att bolagsstämman inte har lämnats i väsentligt hänseende riktiga och fullständiga uppgifter om det förhållande som talan grundas på,

²²⁶ Se Dotevall s. 122m, 128x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 339ö.

²²⁷ Se Dotevall s. 93y. Inom föremålet för verksamheten ryms naturlig expansion. På samma sätt innefattas också anpassning av verksamhet till ekonomisk och teknisk utveckling. Vidare bör man kunna inkludera all verksamhet som kan sägas understödja den ordinarie verksamhet. Det sistnämnda kan avse t.ex. inköp av bilar och fartyg för att transportera produkter. Gränsen går vid att den understödjande verksamheten i huvudsak kommer att ske för annans räkning. Här blir alltså behovet och omfattningen på den egentliga verksamheten avgörande. Vid t.ex. placering av överskottsmedel i verksamheten, som verkställande direktören ansvarar för och styrelsen skall kontrollera, skall man beakta att dessa medel både skall ge skälig avkastning och vara tillgängliga när den ordinarie verksamheten kräver det. Vidare måste de undvika att bolaget genom t.ex. ett lån hamnar i en beroendeställning till en långivare. Om så blir fallet kan transaktionen hamna utanför föremålet för bolagets verksamhet, vilket leder till att åtgärden lättare kommer att anses som oaktsam. Se SOU 1941:9 s. 298m f, Dotevall s. 93n ff

²²⁸ Se Dotevall s. 115x, 121n.

²²⁹ Se Dotevall s. 121n f.

²³⁰ Ett annat problem som Dotevall tar upp är svårigheterna med att fastställa en adekvat tidshorisont för uppnående av syftet. Vidare måste man fastställa hur stora risker som bolagsledningen får ta för att uppnå syftet. Därför menar han att i dubio regeln i 12:1 2 st. ABL om vinstmaximering för aktieägare bara går att användas vid uppenbara avvikelser. Se Dotevall s. 123ö

²³¹ Se Prop 1975:103 s. 540m, SOU 1941:9 s. 633m, Kedner, Roos och Skog II s. 261y.

²³² Se Kedner, Roos och Skog II s. 273m, Johansson s. 326y, 327m

²³³ Se Prop 1975:103 s. 779x, Se även Kedner, Roos och Skog I s.274x, Johansson s. 326y.

²³⁴ Se Prop 1975:103 s. 779x, Kedner, Roos och Skog II s. 273n, 274n.

enligt 15:11 ABL.²³⁵ Det tredje fallet innebär att ansvar alltid kan utkrävas, om talan grundas på brott enligt 15:12 ABL.²³⁶

Av redogörelsen ovan kan vi se att en rad förutsättningar måste uppfyllas för att skadeståndsskyldighet verkligen skall inträda för ledningen i aktiebolag. Regleringen är snävt utformad och skadeståndsbedömningen måste ske i flera led där betydande osäkerhet finns i på många punkter. Mot bakgrund av vad som behandlats i detta avsnitt kan vi bara instämma i Rodhes slutsats att skadeståndshotet för bolagsledningen "...är ovisst och endast i grövre fall kan blir en realitet."²³⁷ Detta beror bl.a. på att det ofta råder osäkerhet kring om någon faktiskt kommer att väcka talan och om handlingen eller underlåtenheten faktiskt kan rubriceras som åtminstone oaktsam o.s.v.. Sammantaget medför detta som Dotevall uttrycker det att "...risktagandet förblir endast teoretiskt..." för ledningen.²³⁸

7.5 *Lojalitetsplikten och skadeståndsansvaret*

Vi har ovan i avsnitt III.3.3.2 redogjort för att bolagsledningen d.v.s. styrelsen och verkställande direktören har en självständig plikt att pröva direktiv från överordnat bolagsorgan. Syftet bakom denna skyldighet är att det underordnade organet skall få klarhet i om ett direktiv rymms inom deras lydnadsplikten eller om lojalitetsplikten gentemot bolaget tar över. Om bolagsledningen vid denna prövning kommer fram till att direktivet är oförenligt med bolagets intressen och skulle uppenbarligen riskera att skada bolaget är de skyldiga att vägra verkställa det.²³⁹ Av detta följer att lojalitetsplikten inträder redan vid uppenbar risk för att bolaget skall skadas. I avsnittet III.3.4.2 ovan konstaterade vi dock att fullbordad skada krävs, för att skadeståndsansvar skall kunna aktualiseras.²⁴⁰ Detta innebär att lojalitetsplikten för bolagsledningen inträder på ett tidigare stadium än risken för skadestånd om direktivet verkställs. Om så inte vore fallet skulle det som nämnts vara meningslöst att tala i termer att bolagsledningen har en självständig plikt att pröva direktiv. Detta beror på att de inte skulle ha någon möjlighet att vägra att verkställa direktiv förrän de är säkra på att bolaget skulle skadas. Sådan säkerhet torde man aldrig, eller i vart fall mycket sällan, kunna ha i förväg. Därför skulle ett dylikt sett att se på saken lätt kunna leda till att det i realiteten blev meningslöst att tala om någon lojalitetsplikt. Det skulle mer bli frågan om att det i efterhand blev möjligt "straffa" bolagsledningen när de följt ett direktiv som senare visar sig skada bolaget.

8 Inrättande av en koncernledning

8.1 *Inledning*

Det som utmärker en koncern är att ett visst aktiebolag kan utöva inflyttande över ett annat aktiebolag. Inflyttandet kan grunda sig på olika omständigheter. ABL 1:5 anger, som beskrivits ovan i avsnitt II.4.4, fyra grunder till hur koncernförhållande kan uppstå d.v.s. inflyttande genom rösträtt, ägande, utseende av styrelsen eller avtal. I det följande kommer vi att låta analysen utgå från att koncernen baseras på ägande av aktier, eftersom vi som nämnts i huvudsak avgränsat detta arbete till att gälla förhållande inom helägda koncerner.

Enligt 1:5 ABL benämns det ägande aktiebolaget moderbolag och det ägda aktiebolag dotterbolag. Dotterbolaget ingår alltså bland de tillgångar som moderbolagets bolagsledning förvaltar. Med hänsyn till vad vi i avsnitt III.3 ovan har kommit fram till är ett aktiebolag en tillgång över vilken ägarens inflyttande är begränsat i vissa avseenden.²⁴¹ Men trots detta kan man ändå säga att dotterbolaget ingår såsom en tillgång bland andra

²³⁵ Se Kedner, Roos och Skog II s. 275y f, Johansson s. 328m.

²³⁶ Se Kedner, Roos och Skog II s. 276n f.

²³⁷ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 217y.

²³⁸ Se Dotevall s. 149ö.

²³⁹ Se Kedner, Roos och Skog I s. 261m, Nials utlåtande i NJA 1960 s. 698 s706m, 707m, Nial i festskrift till Knut Rodhe Aktiebolagsrätt s.335n Taxell s. 101n, Dotevall s. 89x, 91y, 124m.

²⁴⁰ Se Dotevall s. 50n, 51y.

²⁴¹ Med detta avser vi bl.a. de begränsningar som ovan diskuterats och analyserats gällande möjligheten för ägaren (i det här fallet moderbolaget) att utöva styrning och kontroll över bolagsledningen (i det här fallet dotterbolagsledningen) genom att på bolagsstämman lämna direktiv.

tillgångar i moderbolagets förvaltning. Följaktligen är det oftast moderbolaget som utser en koncernledning eller en koncernchef.

Det är koncernledningens möjligheter att utöva styrning och kontroll som vi avser att undersöka och analysera i detta avsnitt. *Vi kommer nedan att föra analysen härav led för led ner till en nivå där det blir svårt att tala om någon egentlig kompetens hos dylika organ. Här kommer det istället i högre grad vara fråga om ett sätt att utöva inflytande genom en medveten tillsättningspolitik av ledande befattningshavare i koncernbolagen och skapande av beslutsförutsättningar för dessa i syfte att uppnå en slags koncernlojalitet.*

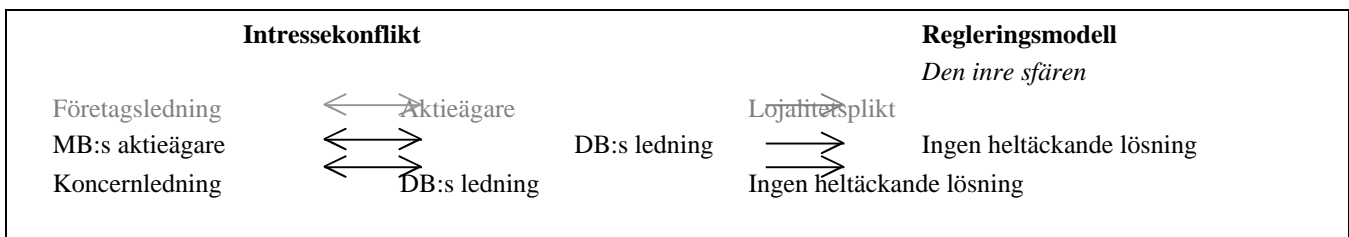
Innan vi går vidare i analysen skall vi granska vilka intressekonflikter som skall balanseras och härbärgeras inom ramen för ett koncernförhållande. Detta avser vi göra genom att inledningsvis anta ett något bredare och mer rättsekonomiskt perspektiv.

8.2 Särskilda intressekonflikter i koncernens inre sfär

8.2.1 En utvidgning av den inre sfären

I avsnitt III.1.2 ovan har vi sett att det inom ett och samma bolag finns flera olika intressenter och därmed olika intressekonflikter dem emellan. Vi har pekat på två specifika sådana dels konflikten mellan företagsledning och aktieägare (inom den inre sfären), dels konflikten mellan aktieägare och borgenärer (inom den yttre sfären). När flera aktiebolag ingår i en koncern någon form av övergripande koncernledning införs får vi emellertid en ny hierarki och därmed också nya former av intressekonflikter.

Bilden kan härvid skisseras enligt följande modell där de tidigare konflikt är skrivna i grått. I skissen nedan tas enbart nya konflikter inom den inre sfären upp. Konflikter gentemot den yttre sfären kommer att behandlas i avdelning V.



8.2.2 Intressekonflikten moderbolagets aktieägare – dotterbolagsledning

Vi har ovan i avsnittet III.2 beskrivit principal agent-problemet. Detta problem kan sägas beror på att aktieägarna dels har givit ledningen i uppdrag att förvalta bolagets verksamhet, dels har, som beskrivits ovan, genom regleringen i ABL delegerat beslutsbefogenheter till dem. Effekten härav blir *informationsproblem*, av moral hazard karaktär, som beror på bristande övervakningsmöjligheter för aktieägarna under löptiden av ledningens uppdrag. Detta problem blir ännu större i koncerner eftersom vi här har en separat ledning för varje koncernbolag. Inom en koncern måste aktieägarna alltså utöva sitt inflytande med åtminstone en ägande juridisk person (moderbolaget) mellan sig och ett eller flera dotterbolag med ledningar som även individuellt har möjlighet att styra och kontrollera respektive dotterbolag. Sammantaget medför situationen att informationsproblemet blir både mer akut och komplext inom en koncern i jämförelse med hur förhållandena gestaltar sig när verksamheten bedrivs inom ett enda bolag.

Vad kan då antas var aktieägarnas intressen inom en koncern? Precis som inom ett enskilt bolag går det knappast att ge något generellt och exakt svar på denna fråga. Oberoende av svaret på denna fråga torde man kunna utgå ifrån att ägarna i de flesta fall vill uppnå sitt syfte genom koncernen som helhet. Med detta avser vi att om exempelvis ägarna vill maximera vinsten, så kan man ofta anta att aktieägarna vill göra detta genom att det går så bra som möjligt för koncernen som helhet. Om vi utgår från detta antagandet kan vi konstatera att

aktieägare ser till helheten medan ledningarna i de olika koncernbolag har ett till sin natur mer begränsat uppdrag till respektive bolag. Frågan blir då om regleringen i ABL är tillräcklig för att sammanlänka de olika koncernbolagsledningarnas intressen med aktieägarnas intresse av att använda koncernen som en helhet för att uppnå sina syften? Om svaret på denna frågan blir nekande blir nästa fråga: Hur ser i så fall de alternativa legalstrategierna ut för att utöva styrning och kontroll över en koncern? Det övergripande syftet med avsnitt III.4 är därför som nämnts ovan att, genom analys av ABL och undersökning av verkligheten så som den speglas i doktrin och årsredovisningar m.m., resonera kring dessa frågor.

8.2.3 Intressekonflikten koncernledning –dotterbolagsledning

Intressekonflikten mellan koncernledning och dotterbolagsledning kan förenklat sägas vara att koncernledningen har att se till helheten, d.v.s. det som vi ovan antog vara aktieägarnas intresse, medan dotterbolagsledningarna har ett mer begränsat uppdrag kopplat till det enskilda bolaget.

Här blir det intressant att analysera vilka möjligheter en koncernledning har att utöva makt över respektive dotterbolagsledning. Frågan blir följaktligen om sådan kompetens finns? Och i så fall hur stor är den är och hur den är konstruerad?

8.3 Utgångspunkten är moderbolagets ägarmakt

Utgångspunkten enligt ABL för moderbolaget inflyttande över dotterbolaget är deras möjlighet att agerande såsom ägare på dotterbolagets bolagsstämma.²⁴² Detta gör alltså moderbolaget i kraft av sitt innehav av dotterbolagsaktier enligt 9:1 ABL.²⁴³ Men *mot bakgrund av att koncernledningen ofta framstår som så pass handlingskraftig att de förefaller vara oförhindrade att ge direktiv direkt till koncernbolagsledningarna kommer vi att inleda analysen nedan med att undersöka vad en sådan utsträckt kompetens kan tänkas grunda sig på.* Först under avsnitt III.4.5 och III.4.5.2.1.3 nedan skall vi återkomma till moderbolagets möjlighet att ytterst utöva styrning och kontroll genom agerande på dotterbolagets bolagsstämma.

8.4 Koncernledningens legitimitet

8.4.1 Uttryckliga Regler saknas i ABL

Koncernledning, koncernchef etc. är, trots att de behandlas i doktrinen, begrepp som inte förekommer i någon lagstiftning.²⁴⁴ Mot bakgrund av att koncernen inte är något självständigt rättssubjekt inom ramen för ABL och att lagen inte behandlar begrepp som koncernledning och koncernchef m.m. kan man med visst fog fråga sig: Vem har egentligen kompetens att utse en sådan? Svaret blir att vem som helst kan utse både en koncernledning och koncernchef.²⁴⁵ Men som vi ovan angivit i avsnitt III.4.1 är det nog vanligast att moderbolaget utser dem, eftersom koncernbolagen ingår bland deras tillgångar.²⁴⁶

8.4.2 Legitimitet enligt ABL?

Om nu emellertid ABL inte uttryckligen föreskriver en möjlighet att bruka koncernledningar blir det naturligt att vi ställer oss frågan varifrån ledningen i så fall hämtar sin legitimitet och sina befogenheter att agera.

²⁴² Se Fermenta-rapporten s. 183x, Dotevall s. 89n.

²⁴³ . Se Prop 1997/98:99 s. 75n f, SOU 1995:44 s. 154y, Åhman s. 599n, Kedner, Roos och Skog I s. 270x, Dotevall s. 30n, Andersson (1) s. 146x.

²⁴⁴ Sven Unger i Advokaten, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund (TSA), 1987 nr1 s. 18h x

²⁴⁵ Se Unger s. 19h y

²⁴⁶ Detta måste inte alltid vara fallet eftersom koncernförhållande kan grunda sig på fler omständigheter än ägande (se 1:5 ABL). Som vi ovan har fastställt avgränsar vi oss dock i huvudsak till förhållanden inom helägda koncerner.

Näringslivets flitiga användning av koncernbildningar har ställt lagstiftaren inför nya problem. Redan genom 1944 års ABL infördes vissa regler om koncerner.²⁴⁷ Då var det främst fråga om regler rörande årsredovisning och utdelning.²⁴⁸ Denna reglering har successivt utvecklats, men Rodhe anser att det "...ännu återstår mycket att göra innan svensk rätt.../...gör rättvisa åt de många frågor som koncernförhållanden ger upphov till."²⁴⁹ I Fermenta-rapporten konstateras vidare "...att det finns få områden inom den svenska lagstiftningen, där avståndet mellan juridik och verklighet är så stort som när det gäller styrning av koncerner."²⁵⁰ Även Åhman anser att det "...vore lämpligt att överväga en ordning där aktiebolagslagstiftningen bättre överensstämmer med den praktiska verkligheten..." på denna punkt.²⁵¹

*ABL skänker alltså varken koncernledning eller koncernchef någon kompetens alls, men beskrivningen ovan antyder att verkligheten ser helt annorlunda ut.*²⁵² Det är följaktligen inte speciellt ovanligt att det inom svenskt näringsliv existerar olika former av koncernledningar med koncernchefer i toppen.²⁵³ *Dessa förefaller ofta, för att inte säga regelmässigt, uppträda med stor makt och inneha kompetens att lämna bindande direktiv till ledningarna i dotterbolagen.*²⁵⁴ Detta faktum anses enligt Fermenta-rapporten vara "...ett icke oväsentligt problem..."²⁵⁵ Författarna frågar sig "...hur man skall förmå de stora företagen att acceptera aktiebolagslagens grundläggande konstruktion av företagsledningen och avstå från...mer eller mindre fantasifulla avvikelser från detta grundmönster..."²⁵⁶ Man fortsätter med att konstatera att en sådan acceptans dock ligger "...långt i fjärran för den som i styrelsen för ett framgångsrikt storföretag skall bygga upp en organisation av företagets ledning."²⁵⁷

I Fermenta-rapporten konstateras dessutom tämligen uppgivet att det "...är uppenbarligen inte möjligt att försöka tvinga in denna vildvuxna och om lagstiftningen tämligen obekymrade verklighet i några strikt tillämpande hierarkiska former."²⁵⁸

*Av redogörelsen ovan kan vi närmast konstatera att bruket av koncernledningar verkar vara nulliteter inom svensk aktiebolagsrätt.*²⁵⁹ Detta innebär att de varken har några regler att följa eller något ansvar som tynger dem. Dessutom saknar de möjlighet att bestämma någonting.

Efter det nu sagda kan man med fog fråga sig vad kompetensen att utöva styrning och kontroll över koncernbolagen, genom koncernledning och koncernchef, egentligen grundar sig på? Att försöka beskriva och analysera detta utgör som nämnts ett av huvudsyftena med avsnitt III.4.

²⁴⁷ Se avsnitt II.1.

²⁴⁸ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 262m.

²⁴⁹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 24n

²⁵⁰ Se Fermenta-rapporten (Fermenta fakta och erfarenheter. En rapport till Stockholms Fondbörs) s. 183x.

²⁵¹ Se Åhman s. 593n f. Doktrinen innehåller åtskilligt fler uttalande i detta ämne, se bl.a. Borgström s. 102x.

²⁵² Se Taxell s. 103y. Författaren uttalar att "... [f]ormell beslutanderätt och faktisk maktutövning..." inte alltid täcker varandra. Se även Paul Krüger Andersen, Studier i dansk koncern ret s. 211n f, 489m. Här förklaras att liknade förhållanden råder inom danskt näringsliv, d.v.s. strategier att dominera koncernbolag har växt fram vid sidan av lagstiftningen. Även kommissionen i europeiska gemenskapen pekar på en sådan utveckling inom alla medlemsländerna där vissa länders lagstiftare har hunnit längre i kartläggning och reglering av detta (s. 169x ff).

²⁵³ Se bl.a. Kedner, Roos och Skog I s.231n f, Rodhe aktiebolagsrätt s. 165y, Unger s. 19v m, Fermenta-rapporten s. 175y.

²⁵⁴ Se bl.a. Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165y, Fermenta-rapporten s. 183m f

²⁵⁵ Se Fermenta-rapporten s. 180n

²⁵⁶ Se Fermenta-rapporten s. 180n. Även Åhman torde hysa liknande tankar (se Åhman s. 444m och 446m)

²⁵⁷ Se Fermenta-rapporten s. 181x.

²⁵⁸ Se Fermenta-rapporten s. 184y.

²⁵⁹ Se Unger s. 18hxf, 26hx, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165y.

8.4.3 Legitimitet genom delegering?

Koncernledning och koncernchef saknar alltså alla former direkt kompetens enligt ABL. Nästa steg i vår analys blir därför att undersöka om ABL istället kan acceptera att kompetenser överförs genom delegation till denna typ av befattningshavare. *Det relevanta att undersöka blir alltså vilka möjligheter ABL medger att låta annan leda verksamheten än den bolagsledning som ABL utpekar.*

Om vi börjar med att granska koncerndefinitionens fjärde punkt i 1:5 ABL finner vi tecken på att det skulle vara möjligt att genom "...bolagsordning, bolagsavtal eller därmed jämförbara stadgar..." delegera bort kompetens och låta annan utöva bestämmande inflytande över bolaget.²⁶⁰ Efter att ha granskat förarbeten och doktrin finner vi emellertid att denna typ av delegering enligt svensk rätt anses falla "...utanför bolagsorganens kompetens..."²⁶¹ Ett utländskt dotterbolag kan dock genomföra en sådan delegation om deras interna lagstiftning medger dem kompetens i detta avseendet.²⁶²

Sedan mitten av 1960-talet har exempelvis tysk rätt medgivit denna möjlighet.²⁶³ Det är också något som har diskuterats på EU nivå i form av *ett nionde bolagsdirektiv*.²⁶⁴ Syftet med detta är tänkt att vara att harmonisera medlemsländernas aktiebolagsrättsliga lagstiftning vad gäller koncernledning.²⁶⁵ Diskussionen rör en eventuell rätt att utöva inflytande och det ansvar som detta skall kunna innebära.²⁶⁶ Detta har hittills inneburit ett förberedande förslag till ett direktiv åren 1974 och 1975, som sedan följdes år 1984 av ett nytt och ett än så länge inte officiellt utkast benämnt III/1639/84-EN.²⁶⁷ Meningsskiljaktigheterna har varit och är fortfarande många varför det är svårt att säga när eller om genomförande kommer ske.²⁶⁸

Med hänsyn till det nu sagda om delegering kan vi ställa följande fråga: Är kompetensreglerna i ABL tvingande i så måtto att de utesluter alla former av delegering? När det gäller en mer djuplodande analys av karaktären på regleringen i 8 och 9 kap. ABL hänvisar vi till det inledande avsnitt III.3.1 ovan.

Oavsett om en bestämmelse anses tvingande, i så måtto att den är uppställd till skydd för personer som avser att ingå avtal med ett aktiebolag eller en aktieägarminoritet, utesluter detta enligt Dotevall inte att "...en delegation av en förvaltningsuppgift kan ske. Reglerna är tvingande endast i den mening att de obligatoriska bolagsorganens funktion och.../...plikter

²⁶⁰ Se ABL 1:5 4 p och Avsnitt II.4.4.

²⁶¹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265y. Se även Prop 1976/77:137 s. 38x, Prop 1995/96:10 Del II s.112x, Nial FJFT 1973 s. 234y, Åhman s. 594n f f, 615m, 645n, Rutberg och Skog SvSKT 1997 s. 578n f, Mahmut Baran SvSKT 1997 s. 590x

²⁶² Se Prop 1995/96:10 Del II s.112x, Rodhe aktiebolagsrätt s. 265n,, Åhman s. 615m, Rutberg och Skog SvSKT 1997 s. 579ö, Mahmut Baran SvSKT 1997 s. 590x

²⁶³ Se Åhman 615m. Där han pekar på den uttryckliga kompetensreglerna i AktG § 291 och följande. Se även Fermenta-rapporten s. 186x, Borgström s. 90m f f. Även Portugal och Brasilien har liknade lagstiftning.

²⁶⁴ Se Paul Krüger Andersen Studie i Dansk koncernret s. 169ö, Fermenta-rapporten s. 186x.

²⁶⁵ Se Fermenta-rapporten s. 186x.

²⁶⁶ Se Fermenta-rapporten s. 186n f.

²⁶⁷ Se Paul Krüger Andersen s. 169x, Fermenta-rapporten s. 186x.

²⁶⁸ Se Paul Krüger Andersen s. 169m f f. Nuvarande situation (boken skrevs1997) är den att det existerar ett fullt utarbetat utkast till direktiv som ännu inte har varit föremål för överlämnande av kommissionen till rådet för beslut, trots att detta planerades göras redan 1988. Andersen tolkar detta som att det sker pågående uppskjutning av ärendet. Vidare frågar han sig om det är realistiskt att förvänta sig att det överhuvudtaget kommer läggas fram ett slutligt utkast någon gång i framtiden(s. 170x). Svaret blir avhängigt av det framtida politiska klimatet inom europeiska unionen menar han(se fotnot 250 på sida 170). Andersen bedömer dock situationen så att vi nog kommer att få ett utkast men det kommer ta tid (s. 171x). Han tolkar stämningarna som att det finns en önskan om ett dylikt direktiv men tiden är inte mogen ännu(s. 170y). Se även Fermenta rapporten s. 186x. Vid samtal med tf. professor Rolf Dotevall, på Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, framhölls att det är troligt att arbetet med direktivet drar ut på tiden. Vidare pekar han på det faktum att de praktiskt verksamma juristerna i Tyskland och Portugal försöker undvika att utnyttja den där reglerade bolagskompetensen i koncernsammanhang för att delegera inflytande.

inte kan förändras...”²⁶⁹ Det finns även andra uttalanden i doktrinen som ger stöd för att delegation är möjligt.²⁷⁰ I förarbetena uttalar man att stor vikt måste ”...fästas vid att det är angeläget att ansvarsfördelningen mellan de olika organen blir klar...” så att inte beslutsfattandet kompliceras i onödan.²⁷¹ Dotevall menar t.o.m. att ABL inte sätter upp någon uttrycklig yttre gräns för delegation så länge inte ”...all kompetens...” delegeras bort.²⁷² En ytterligare begränsning ser han dock i att tillsynsplikten över den som fått kompetensen delegerad till sig inte i sin tur går att delegera bort.²⁷³ Därutöver kan bolagsorganet självklart inte delegera mer än den egna kompetensen.²⁷⁴ Andra inom doktrinen är mer försiktiga när de skall ange hur mycket som kan delegeras. Nial och Johansson anser att man knappast kan delegera sådana frågor som enligt lagens bestämmelser ankommer på ett bolagsorgan till någon annan.²⁷⁵ Även Åhman antar en mer restriktiv hållning till möjligheterna att delegera kompetens.²⁷⁶

8.5 Koncernledningens möjligheter att utöva inflyttande över koncernbolagen

8.5.1 Kompetensen vid delegering

Mot bakgrund av ovanstående uppfattningar torde vi i vart fall kunna sluta oss till att det går att delegera kompetens i ABL. Däremot går åsikterna isär vad gäller hur omfattande denna möjlighet i realiteten är.

Nästa fråga att behandla blir därför: *Vilken ställning har de som fått kompetens delegerad till sig?* Klart är att de är underordnade de som har delegerat kompetensen till dem. Detta innebär att den senare alltid torde kunna dra tillbaka delegationen. Följdfrågan blir således: *Vilken ställning har organ som tillsats ad hoc i förhållande till stadgade bolagsorgan i organisationsmönstret inom ABL? Ställs saken på sin spets är det de ordinarie bolagsorganen som har beslutandemakten och inte de som fått kompetensen delegerad till sig.*²⁷⁷ Vidare talar mycket för att de senare inte heller intar en lika fri ställning till sin överordnade som de ordinarie bolagsorganen gör.²⁷⁸ *Det innebär att de som fått kompetensen delegerad till sig i större utsträckning, vid osäkerhet, måste vända sig till det delegerande organet.* Sådan är situationen för särskilda firmatecknare som utsetts enligt 8:31 ABL.²⁷⁹ Sådan firmatecknare kan aldrig på egen hand fatta beslut om att t.ex. betala en leverantör utan han får enbart verkställa redan tagna beslut. Det finns inte mycket som talar för att någon i koncernledningen som fått kompetensen genom dylik delegation skulle ha en starkare ställning, snarare tvärtom eftersom dessa inte ens är omnämnda i ABL.

Med hänsyn till vad som behandlats i detta avsnitt bör vi kunna fastställa att det blir svårt för en koncernledning och en koncernchef att agera handlingskraftigt och utöva ett dominerande inflyttande över koncernbolagen enbart i kraft av kompetenser som delegerats till dem. Om det alltså inte är delegerad kompetens, som gör att koncernledningar och koncernchefer i realiteten ofta framstår som besittande sådan handlingskraft, blir den naturliga följdfrågan: Vilken kompetens är det då som ligger bakom deras handlingskraft?

²⁶⁹ Se Dotevall s. 99m.

²⁷⁰ Se bl.a. Åhman s. 594yf, 645x, Kedner, Roos och Skog I s. 249x.

²⁷¹ Se Prop 1975:103 s. 235x

²⁷² Se Dotevall s. 100y.

²⁷³ Se Dotevall s. 101x, Åhman s.595x.

²⁷⁴ Se Åhman s. 304y

²⁷⁵ Se Nial och Johansson s. 122m, (se även 133 n ff).

²⁷⁶ Se Åhman s.642m, 645ö(se även s. 595x och 446m).

²⁷⁷ Se Kedner, Roos och Skog I s. 232x, Fermenta-rapporten s. 174x

²⁷⁸ Se Åhman s. 526x, Dotevall s.128x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s.339x

²⁷⁹ Se Åhman s. 304y

8.5.2 Inflytande genom upprättande av dubbla lojaliteter

8.5.2.1 *Kompetens genom annan bakomliggande organställning*

8.5.2.1.1 *Inledning*

Om det varken går att i tillräcklig utsträckning delegera eller härleda någon självständig kompetens för koncernledning och koncernchef måste det var någon annan omständighet som ger dem dess inflytande över koncernbolagen. En sådan omständighet skulle kunna vara att en person som är koncernchef även innehar en organställning såsom t.ex. verkställande direktör eller styrelseordförande i moderbolaget. Detta är ett förhållande som i verkligheten är mycket vanligt förekommande.²⁸⁰ Denna typ av organställning har, som vi ovan beskrivit och analyserat i avsnitt III.3, en kompetens som är uttryckligen reglerad i ABL. *Den kompetens som en sådan person därigenom erhåller torde åtminstone formellt sett vara skild från det förhållande att han dessutom är koncernchef. Därför väljer vi att här nedan undersöka vilka möjlighet moderbolaget har att utöva inflytande över styrelserna och verkställande direktörerna i dotterbolagen.* Vi väljer att disponera analysen enligt följande. I det första avsnittet skall vi genomföra en utblick i verkligheten och se om det är vanligt att olika typer av bakomliggande organställningar används för att försöka ge koncernledningen faktisk kompetens. Därefter skall vi närmare granska om sådana modeller juridiskt innebär någon form av utökad kompetens.

Vi vill här påpeka att ledamöter i en koncernledning inte i egentlig mening kan betraktas som ställföreträdare till de bolag som ingår i koncernen. ABL tar ju som redan tidigare nämnts inte upp koncernledningen som organ. Detta innebär att vi inte kan tala om innehav av dubbelt ställföreträdarskap i fall då någon i koncernledningen även innehar en organställning t.ex. som verkställande direktör i moderbolaget. Situationerna i detta avsnitt rör alltså inte dubbelt ställföreträdarskap.²⁸¹ Förhållanden där sådant aktualiseras skall behandlas i avsnitt III.4.5.2.2.

8.5.2.1.2 *Exempel från börsnoterade koncerner*

Presentation av undersökningen

Vi skall nedan se på i vilken utsträckning bakomliggande organställningar förekommer inom koncernledningar i några av de största koncernerna i svenskt näringsliv. Den undersökning vi gjort omfattar sammanlagt 34 bolag på börsens A- och O-lista. Undersökningen har genomförts genom granskning av respektive koncerns årsredovisningar och med hjälp av sammanställningen "Sveriges största företag 1999/2000".

Något som i viss mån har försvårat genomförandet av undersökningen är just den omständigheten att det inte finns några regler för t.ex. benämningen "koncernledning". Vi har därför konfronterats med en lång rad olika benämningar på dylika ledningsgrupper. I vissa bolag används inte alls begreppet koncernledning och vi vet inte huruvida dessa bolag underförstått använder en sådan konstruktion eller om de helt följer organställningarna i ABL.

Organställning i moderbolaget och representant i koncernledningen

De fall som vi avser här är när antingen styrelseledamot eller verkställande direktör i moderbolaget även är representerad i koncernledningen. I undersökningen har vi inte funnit något exempel på förstnämnda konstruktion. I nära nog alla de koncerner som vi undersökt används dock den konstruktionen i koncernledningen att verkställande direktören i moderbolaget även är koncernchef. Inom 32 av de undersökta bolagen fanns detta upplägg.

De två bolag som avvek från mönstret var Ericsson och fastighetskoncernen Drott. I Ericsson är styrelseordföranden i moderbolaget tillika koncernchef. Bolaget har emellertid valt att låta styrelseordföranden

²⁸⁰ Se bl.a. Unger s. 18h n, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165y

²⁸¹ Det skall här noteras att koncernledningen faktiskt kan ha möjlighet att teckna dotterbolags firma om styrelsen i dotterbolaget har delegerat sådan rätt till koncernledningen enligt 8:31 ABL. Kompetensen är i detta fall betydligt snävare än t.ex. kompetensen för en verkställande direktör i dotterbolaget och firmateckningsrätten får inte heller inkräkta på den senares firmateckningsrätt (8:30 ABL). Jfr. resonemangen i avsnitt III.4.5.1. Jfr. Fermenta-rapporten s. 174x.

vara sk. arbetande styrelseordförande och denne står därför verkställande direktören mycket nära.²⁸² I Drott innehar istället den vice verkställande direktören posten som koncernchef.

Organställning i dotterbolaget och representant i koncernledningen

Finns det då exempel på fall där personer med organställning i dotterbolaget även ingår i koncernledningen? I de flesta av de koncerner vi granskat fann vi inte någon sådan konstruktion. I 6 av de 34 bolagen förekom emellertid detta. I dessa 6 fall har vi inte funnit något exempel på att andra än dotterbolagets verkställande direktör deltar i koncernledningen. Exempel på när andra styrelseledamöter i dotterbolaget deltar i koncernledningen har vi inte funnit.

I Volvo utgör 6 av 13 representanter i koncernledningen verkställande direktörer i dotterbolag. I skogsbolaget SCA gäller detsamma 6 av 14 representanter. Assa Abloy låter detta gälla 8 av 13 representanter i koncernledningen. Vidare använder Alfaskop, Drott och Beijer & Alma samma typ av konstruktion. I Alfaskop för 5 av 8 representanter, i Drott för 2 av 4 och i Beijer & Alma för 2 av 3.

Slutsatser av undersökningen

Av de fakta som presenterats ovan kan vi dra slutsatsen att det är mycket vanligt att verkställande direktör i moderbolaget även är koncernchef. Vi ser också att verkställande direktörer i dotterbolagen i vissa fall har flyttats upp som representanter i koncernledningen.

Vi skall nu övergå till att se om dessa konstruktioner har någon reell betydelse för koncernledningens möjligheter att utöva inflytande över koncernens dotterbolag.

8.5.2.1.3 Den legala innebörden av en bakomliggande organställning

Den väg för moderbolagets maktutövande som lagen utpekar går över *dotterbolagens bolagsstämmor*, enligt 9:1 ABL, som nämnts i avsnitt III.4.3 ovan.²⁸³ Som vi även tagit upp i avsnitten III.3.2.2 och III.3.3.2 ovan kan inflyttande dock enbart utövas vid extraordinära affärshändelser och övergripande strategier i dotterbolaget.²⁸⁴ Med detta avser vi att accentuera det faktum att även om stämman är överordnad ledningen i dotterbolaget kan stämman inte lämna direktiv för "...bolagsledningens förvaltning i sådan utsträckning att styrelsen förlorar sin ställning som ansvarig handhavare av förvaltningen..." av bolagets verksamhet. Ett sådant agerande skulle hamna i strid "...med lagens anda och mening..."²⁸⁵ Vad blir sanktionen om denna gräns inte respekteras? I Fermenta-rapporten tar man upp detta. Problemet är att det saknas någon reell sanktion.²⁸⁶ Dotterbolagets ledning behåller även därefter legalt samma ställning och om denna "...i en katastrofsituation utsättes för talan om straff och/eller skadestånd, så kan...[de]...inte skylla ifrån sig genom att hänvisa till att...[de]...lytt order av någon som inte

²⁸² Se avsnitt III.3.2.3 för närmare definition av "arbetande styrelseordförande".

²⁸³ Se Fermenta-rapporten s. 183x, Dotevall s. 89n, Borgström s. 98x.

²⁸⁴ Se bl.a. Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 337y, 338m.

²⁸⁵ Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även 1995:44 s. 157m, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Dotevall s. 84n f, Åhman s. 222x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 336y, 337y, 338m, Taxell s. 102ö Rodhe Aktiebolagsrätt s. 162n.

²⁸⁶ Borgström hävdar att begreppet "aktieägare" i 1944 årsaktiebolagslag "...208 och 209 §§ torde innefatta även juridiska personer..." (s. 100m). Dessa stadganden motsvaras i vart fall delvis av nuvarande 15:3 i ABL, som stadgar ansvar för aktieägare som medverkat till att skada bolaget, aktieägare eller annan. Med begreppet medverkat avses enligt Rodhe utöver att rösta på stämman även andra sätt att utöva inflyttande över styrelsen och verkställande direktören (Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 224y). Borgström hävdar mot denna bakgrund att det skulle vara möjligt att ställa moderbolaget (aktieägaren) till ansvar även för påtryckningar som utövats utanför dotterbolagsstämman. Detta har vi svårt att acceptera eftersom detta vore detsamma som att tolka in en möjlighet till ansvarsombrott i 15 kap ABL utan att ha något stöd för detta. Dessutom kan en juridisk person inte agera utan ställföreträdare såsom en fysisk person, och vi kan ju knappast tolka in ett ansvar för aktieägares (moderbolagets) ställföreträdare i 15:3 ABL. Att ställa ställföreträdarna bakom moderbolaget till ansvar för skador som drabbat t.ex. dotterbolagets borgenärer p.g.a. ställföreträdare för moderbolaget har utövat påtryckningar vore nog att tolka 15:3 alltför extensivt. Denna uppfattning synes Borgström dela eftersom han är tveksam till om moderbolaget kan ställs till ansvar för påtryckningar som de utövat mot dotterdotterbolag (100y). Vår slutsats blir därför att 15:3 ABL knappast kan användas som en sanktion i de aktuella fallen.

varit befogad att ge en sådan order.²⁸⁷ Detta tangerar alltså frågor kring lydnadsplikten för ledningen i dotterbolaget, som vi skall behandla utförligare nedan. *Slutsatsen vi kan dra blir att det ligger utanför stämmans kompetens att utöva ett allt för utpräglat bestämmande inflyttande över dotterbolaget.*

Trots att inflyttande över dotterbolagen skall utövas genom dess stämma förekommer det alltså att koncernledningen ger direktiv direkt till dotterbolagets ledning.²⁸⁸ Ovan har vi konstaterat att en koncernledning som bara har denna position saknar dylik kompetens. Frågan blir således om saken förändras när koncernledningen även sitter i moderbolagets styrelse. Det vi avser att undersöka här är om *styrelsen i moderbolaget* har kompetens att ge direktiv direkt till dotterbolagets ledningar. Moderbolagets styrelse har bl.a. en plikt att kontinuerligt övervaka koncernens ekonomiska situation enligt 8:4 ABL och beakta hela koncernens vinstutveckling när de föreslår eller godkänner vinstutdelning i moderbolaget enligt 12:2 och 12:3 1 st. För att kunna uppfylla denna plikt har moderbolagets styrelse, vid behov, kompetens att, enligt 8:4 2 st. ABL, lämna direktiv om när och hur dotterbolagets ledning skall lämna den typ av information som är nödvändig för nämnda övervakning.²⁸⁹ Detta inflyttandet för styrelsen i moderbolaget är i viss utsträckning sanktionerat genom 8:38 ABL.²⁹⁰ Steget härifrån torde emellertid vara långt till att ur sådana mer begränsade kompetenser kunna härleda generella möjligheter att ge direktiv direkt till dotterbolagets ledningar även i andra frågor.

Ett annat sätt att resonera vore att moderbolagets styrelse som svarar för förvaltningen av dotterbolagsaktierna faktiskt kan agera på bolagsstämman i dotterbolaget. Aktierna i dotterbolaget ingår ju som en tillgång i moderbolaget för denna styrelse att förvalta.²⁹¹ På en sådan kan moderbolagets styrelse givetvis lämna direktiv till dotterbolagsledningen.²⁹² Ett sådant inflyttande kräver inte att någon formell bolagsstämma hålls om alla aktieägare samtycker.²⁹³ I ett sådant fall skulle ett direktiv från styrelsen i moderbolaget framstå som om det lämnats direkt till dotterbolagets ledning, men denna rätt att ge direktiv innehåller emellertid samma begränsningar som de vi tog upp här ovan för bolagsstämman i dotterbolagen.²⁹⁴

Vad sedan gäller *moderbolagets verkställande direktörs* möjligheter enligt ABL att utöva inflyttande över dotterbolagens ledningar är dessa knappast större än styrelsens ovan. Även om det kan hävdas att dotterbolagsaktierna ingår bland de tillgångar som verkställande direktören skall handha i sin förvaltning av moderbolagets löpande verksamhet, kan knappast hävdas att själva verksamhet i dotterbolaget ingår i dennes förvaltning. Dotterbolagsaktierna ger inte större möjlighet till inflyttande över själva verksamheten i dotterbolaget än vad ABL medger. Den väg som ABL utpekar för detta inflyttande går över dotterbolagets bolagsstämma enligt 9:1 ABL, som redan nämnts ovan. Att det sedan är en juridisk person d.v.s. moderbolaget som äger aktierna förändrar inte detta faktum. Resonemang likt de ovan kring möjligheter för moderbolagets verkställande direktör att såsom ställföreträdare för moderbolaget (ägaren av dotterbolagsaktierna) lämna direktiv på dotterbolagets stämma bör därför leda oss till samma slutsats som när moderbolagets styrelse intar en sådan ställning.

Inte heller den konstruktionen att *dotterbolags verkställande direktörer* även finns representerade i koncernledningen innebär någon utökad kompetens för koncernledningen. Fattar koncernledningen ett beslut har dotterbolagets verkställande direktör att självständigt pröva om han är beredd att följa detta. Sådant beslut fattar han under eget ansvar.

²⁸⁷ Se Fermenta-rapporten s. 181ö. Se även Rodhe Aktiebolagsrätt s. 180n f, Unger s. 20h x. En egen reflektion som kan göras i detta sammanhang är förekomsten av ansvarsförsäkringar som bolaget betalar för sin bolagsledning. En sådan skulle i praktiken mildra kännbarheten av ansvar för dotterbolagets ledning och sålunda innebära att även denna typ av sanktion skulle få begränsad verkan som hinder att genomföra en långtgående delegation.

²⁸⁸ Se Fermenta-rapporten s. 183m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 271y, Borgström s. 99n f.

²⁸⁹ Se Rodhe aktiebolagsrätt s. 164x.

²⁹⁰ Se Kedner, Roos och Skog I s. 246n f, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 268y.

²⁹¹ Se bl.a. Borgström s. 27y.

²⁹² Se liknade resonemang i Unger s. 23v m.

²⁹³ Se Prop 1975:103 s. 387m, Kedner, Roos och Skog I s. 273x, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 179x, Taxell s. 24x, Johansson 182x, Borgström s. 27y.

²⁹⁴ Se även avsnitt III.3.2.2 och III.3.3.2 ovan

Mot bakgrund av ovanstående analys kan vi sluta oss till att det endast är i rollen såsom aktieägare på bolagsstämman i dotterbolaget som vi kan tala om kompetens för moderbolaget att utöva makt över dotterbolagens ledningar. Vidare har vi konstaterat att denna kompetens är begränsad i så måtto att den inte kan utnyttjas i sådan utsträckning att dotterbolags ledning "...förlorar sin ställning som ansvarig handhavare av förvaltningen..." i bolagen.²⁹⁵ Den naturliga följdfrågan blir därför: Om en koncernledning som även innehar organställning i moderbolaget eller dotterbolaget saknar den kompetens över koncernbolagen som den i verkligheten förefaller utöva, vad är det i så fall som möjliggör detta reella inflytande?

8.5.2.1.4 De reella effekterna av en bakomliggande organställning

Som vi sett kommer användande av en bakomliggande organställning alltså inte att medföra någon utökad legal kompetens hos koncernledningen. Vinsten med att t.ex. låta dotterbolags verkställande direktörer ingå i koncernledningen är emellertid att dessa därmed erhåller en ökad inblick i koncernens övergripande strategier. Även om direktiven från en koncernledning till sådan verkställande direktör inte är bindande kan den ökade inblicken bidra till att koncernlojala beslut tas i dotterbolagens löpande förvaltning. Vi skall nedan se om det finns något effektivare sätt att uppnå sådan koncernlojalitet och överbrygga de legala bristerna som vi analyserat i detta avsnitt.

8.5.2.2 Inflytande genom identiskt ställföreträdarskap

8.5.2.2.1 Inledning

Att upprätta en integrering av kontrollen mellan koncernbolagen utgör alltså kärnan i vad vi ovan i avsnitt III.2 ovan benämnde *corporate governance*, d.v.s. hur ägarna skall kunna sammanlänka ledningens agerande med aktieägarnas samfälliga intressen.²⁹⁶ Grunden för den strategi som skall beskrivas nedan bygger på det faktum att även om kompetens att ge direktiv saknas utesluter inte detta i sig möjligheten att istället ge dotterbolagsledningarna råd och synpunkter inom deras förvaltning.²⁹⁷

Vad avser vi då med dubbla lojaliteter? Ledningen i dotterbolaget har lojalitetsplikt till detta bolag vilket vi behandlat ovan i avsnitt III.3.3 och denna plikt sanktioneras delvis genom skadeståndsansvar om bolaget skadas. Den omständigheten att de båda bolagen t.ex. har samma ställföreträdare ändrar inte på det faktum att det fortfarande rör sig om separata juridiska personer.²⁹⁸ Konflikten uppstår därför när ställföreträdare i koncernen genom, t.ex. en koncernlednings inflytande och olika ledningsstrategier, åstadkommer en press att se till det bästa för koncernen som helhet framför dotterbolagets bästa.

8.5.2.2.2 Vad inryms i termen "identiskt ställföreträdarskap"?

För att en diskussion om identiskt ställföreträdarskap mellan moder- och dotterbolag skall bli meningsfull måste vi inleda med att söka definiera närmare vad som kan avses med detta. I vissa fall används just termer som identiskt ställföreträdarskap eller gemensamt ställföreträdarskap helt utan att definition sker av vad detta avser.²⁹⁹ Vi tror att det därför kan vara på sin plats att närmare definiera detta för den vidare analysen i uppsatsen.

Vi skall se på några grundsituationer:

²⁹⁵ Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även 1995:44 s. 157m, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Dotevall s. 84n f, Åhman s. 222x, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 336y, 337y, 338m, Taxell s. 102ö Rodhe Aktiebolagsrätt s. 162n.

²⁹⁶ Se Bergström och Samuelsson s. 27x. Se även bl.a. Peter Forsblad Företagsledares beslutinflytande s. 162n ff, Borgström Koncernrättsliga Problem s. 99yf, Unger s. 19v m, 20 h x-21 h m, Fermenta-rapporten s. 175y, 180n, 181x, 183x f, Kedner, Roos och Skog I s. 231n f, Åhman 593n f, 725ö, Taxell s. 102n f, 103y, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165x och y, 180n f, Nial och Johansson s. 120x f. Se även Paul Krüger Andersen, Studier i dansk koncern ret, s. 211n f, 489m.

²⁹⁷ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165x f, Kedner, Roos och Skog I s. 232x, Fermenta-rapporten s. 174n f

²⁹⁸ Se Dotevall s. 161y.

²⁹⁹ Se Dotevall s. 162ö, Folkesson s. 190x.

1. Person är verkställande direktör i både moder- och dotterbolaget.
2. Person sitter i styrelsen i moder- och i dotterbolaget.
3. Person sitter i koncernledningen samtidigt som han är verkställande direktör i dotterbolaget.
4. Person sitter i koncernledningen samtidigt som han är styrelseledamot i dotterbolaget

I vilka av dessa situationer föreligger något som kan karaktäriseras som dubbelt ställföreträdarskap? Situation 1 och 2 karaktäriseras av att personen har formell organställning enligt ABL i både moder- och dotterbolag. I 3 och 4 däremot kombineras en konstruerad och, som vi sett, osäker organställning som faller utanför ABL med en formell organställning i dotterbolaget. Deltar en person med roller enligt 1 och 2 i moderbolagets beslut har denne att under hot om brukande av konkret ägarmakt via dotterbolagets bolagsstämma följa dessa även i dotterbolagets verksamhet. Har personen istället poster enligt 3 och 4 och denne deltar i koncernledningens beslut ligger hotet om brukande av ägarmakt, i alla fall i teorin, längre bort. Även om moderbolagets verkställande direktör alltid ingår i koncernledningen tas nämligen inget beslut i moderbolaget, d.v.s. hos aktieägaren när koncernledningen beslutar. Vi har ju dessutom ovan konstaterat att koncernledningen i sig inte har någon formell kompetens alls. Antingen utövas här makten via delegering eller genom rådgivning. Koncernledningens verkliga makt över dotterbolagen är alltså varierande. Bedömning av den verkliga makten torde alltså få ske från fall till fall. Av detta följer att det i situation 3 och 4 nog blir svårt att generellt tala om dubbelt ställföreträdarskap. Det är alltså i första hand i situation 1 och 2 som vi kan tala om detta och det är i dessa situationer som termerna *dubbelt- eller identiskt ställföreträdarskap* kommer att användas i detta arbete.

8.5.2.2.3 Exempel från börsnoterade koncerner

Presentation av undersökningen

Detta avsnitt bygger på en undersökning av 26 börsnoterade koncerner där vi närmare granskat hur vanligt förekommande det är med olika typer av identiskt ställföreträdarskap och hur sådana konstruktioner ser ut. För att genomföra undersökningen har vi använt oss dels av bolagens årsredovisningar, dels sammanställningen ”Sveriges största företag 1999/2000”.

Allmänt kan sägas att brukande av identiska ställföreträdare är tämligen utbrett. Av de 26 koncerner som undersökts fann vi att det i olika utsträckning fanns identiska ställföreträdare i 12 av dessa.

Presentation av några undersökta koncerner

Den vanligaste konstruktionen av identiskt ställföreträdarskap i undersökningen är att verkställande direktören i moderbolaget också är styrelseordförande i ett eller flera dotterbolag. Följande bolag uppvisade detta mönster:

- Volvo AB
- Skanska AB
- Munksjö
- Assa Abloy AB
- Elanders
- Alfaskop AB
- Gunnebo AB
- Haldex AB
- Lindab AB
- Trelleborg AB
- Beijer och Alma AB

Övriga konstruktioner av identiskt ställföreträdarskap framstår som mer ovanliga. I LM Ericsson AB och Beijer och Alma AB kan vi se att styrelseordföranden i moderbolaget även är styrelseordförande i dotterbolag. En annan ovanlig konstruktion utgörs av innehav av flera poster som verkställande direktör i koncernen. I Beijer och Alma AB kan vi emellertid se att denna konstruktion används.

För att bilden ovan skall bli korrekt skall det påpekas att s.k. arbetande styrelseordförande ibland används i t.ex. moderbolaget.³⁰⁰ Detta är fallet i t.ex. LM Ericsson AB. Effekten av detta är att styrelseordföranden i viss utsträckning deltar i verkställande direktörens arbete.³⁰¹

8.5.2.2.4 *Legala grunder för och effekter av identiskt ställföreträdarskap*

Den form av maktstrategi som vi här behandlar utgår från moderbolagets begränsade kompetens över dotterbolagets ledningar. Med detta avser vi att Moderbolaget grovt sett bara har *två parametrar* att arbeta med för att vinna inflyttande. Dessa är att tillsätta personerna i bolagsledningen och att påverka beslutsförutsättningarna för ledningen. Vi skall nedan granska hur dessa parametrar utnyttjas vid inrättande av identiska ställföreträdare.³⁰²

När det gäller den *första parametern*, en medveten politik vid utseendet av bolagsledningar i koncernbolagen, kan den innebära en möjlighet att delvis överbrygga de brister som ovan behandlats vad gäller dotterbolagsstämmans kompetens att ge direktiv.

Mot bakgrund av detta blir därför vår första fråga: Hur ställer sig ABL till förekomsten av identiska ställföreträdare inom en koncern? Numera omfattar huvudregeln i ABL 8:20 1 st. 3 p. och 8:28 1 st. 3 p. ställföreträdarjäv, men undantag från detta medges för koncerninterna förhållanden enligt 8:20 2 st. 2 p. och 8:28 2 st. 2 p. Även före detta uttryckliga undantag accepterade ABL att koncernbolagen hade identiska ställföreträdare.³⁰³ Skälet till detta var då och är fortfarande enligt nyare förarbeten att i "...koncernföretags styrelser finns ofta av praktiska skäl styrelseledamöter som också tillhör ett annat koncernföretags styrelse."³⁰⁴ Om jävsreglerna även omfattade denna situation skulle det "...nämligen bli svårt att sätta samman styrelser i koncernbolag...".³⁰⁵ Med hänsyn till det nu sagda blir vår slutsats att ABL inte ser några särskilda problem med den lojalitetskonflikt som identiskt ställföreträdarskap ändå kan innebära.³⁰⁶ I äldre förarbeten gick man t.o.m. så långt som att hävda "...att grund för sådant jäv saknas..." inom en helägd koncern p.g.a. rådande intressegemenskapen mellan moder- och dotterbolag.³⁰⁷

Om samma personer utses till bolagsledning i både moder- och dotterbolag finns det en del som talar för att vi skulle få i stort sätt samma effekt som om moderbolaget genom dotterbolagets bolagsstämma hade kompetens att utan begränsning lämna direktiv. Med detta avser vi att *mycket talar för att en person som först tagit ett beslut i moderbolaget, om vad som anses bäst för koncernen, sedan även inom dotterbolagets förvaltning kommer ta ett likalydande beslut.* Att här börja resonera kring begränsningar i kompetensen att ge direktiv mellan två olika organställningar hos samma fysiska person framstår möjligen som allt för teoretiskt och verklighetsfrämmande.

Det kan väl ifrågasättas om det är realistiskt att anta att en person skulle komma fram till två helt olika beslut i respektive organställning. Utan att göra anspråk på att inneha några beteendevetenskapliga grunder anser vi att det mest rimliga antagandet är att personen, redan vid första beslutstillfället, kommer väga samman de båda lojaliteterna och utifrån detta ta ett beslut som blir liktydigt med det andra beslutet. Kanske ännu mer realistiskt är att det inte blir frågan om två beslut utan bara t.ex. ett beslut i moderbolaget när samma person är både verkställande direktör i moder- som dotterbolag. Mycket talar kanske även för att sammanvägningen av de båda lojaliteterna leder till att lojaliteten mot moderbolaget ges

³⁰⁰ Se avsnitt III.3.2.3.

³⁰¹ Se Kedner-Roos och Skog I, s. 249x, Fermenta-rapporten s. 174x.

³⁰² Se t.ex. Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 331m, Forsblad s. 162n f.

³⁰³ Se bl.a. SOU 1941:9 s. 333y f, NJA 1934 s.684 sidan 686n f. Det var då konstruerat så att jävsbestämmelsen inte omfattade ställföreträdarjäv.

³⁰⁴ Se Prop 1997/98:99 s. 96m, Se även SOU 1995:44 s. 230y, SOU 1941:9 s. 333y f

³⁰⁵ Se Kedner, Roos och Skog I s. 254x. Se även SOU 1941:9 s. 334ö.

³⁰⁶ Se bl.a. Kedner, Roos och Skog I s. 254m, Dotevall s. 161n f.

³⁰⁷ Se SOU 1941:9 s. 334x.

försteg, eftersom det är ägarbolaget som ansvarar för koncernens övergripande strategier medan dotterbolaget åtminstone inom vissa gränser är underordnat och dess ledning har ett mer begränsat uppdrag.

Även den *andra parametern*, d.v.s. möjligheterna att påverka förutsättningarna för beslutsfattandet i dotterbolaget, får naturligtvis betydelse när identiska ställföreträdare utses i moder- och dotterbolag. För det första får befattningshavare i dotterbolaget både insyn i och påverkas av de diskussioner som förs under tystnadsplikt i moderbolagets ledning. Med påverkan menar vi att eftersom dotterbolagsledningen får insyn i det bredare perspektivet, d.v.s. i vad som är bäst för koncernen som helhet, redan vid behandlingen i moderbolagets ledning, slipper denna sedan att ägna tid åt att förankra och övertyga om beslutets riktighet i dotterbolaget. Den ökade insynen i moderbolagets planer med koncernbildningen torde också medföra att dotterbolagsledningen har större chans att upptäcka vilka fördelar eller nackdelar som en viss åtgärd på längre sikt innebär för dotterbolaget. Genom att dotterbolagsledningen på detta sätt lättare kan identifiera och utvärdera vilka övergripande strategier som innebär långsiktiga fördelar för dotterbolaget bör de i dessa fall mer sällan komma fram till att åtgärden innebär uppenbar risk för skada för dotterbolaget. Härigenom minskas risken att dotterbolagsledningen kommer i konflikt med sin lojalitetsplikt mot det egna bolaget och därigenom hindras att följa råd från moderbolagets ledning som skulle gynna koncernen som helhet. Skadeståndsansvaret för ledningen i dotterbolaget i dessa situationer torde mer sällan kunna aktualiseras så länge riskerna kring eventuella fördelar för dotterbolaget i vart fall framstår som affärsmässiga.³⁰⁸

En slutsats som vi kan dra från resonemangen ovan är att ABL i princip inte sätter upp någon gräns för vilka organställningar en person kan inneha samtidigt. De begränsningar som ABL ställer upp rör organställningar inom samma bolag, t.ex. genom att verkställande direktören och styrelseordförande inte får vara samma person i ett publikt bolag enligt 8:14 3 st. ABL.³⁰⁹ Vad sedan gäller möjligheterna att inneha flera organställningar i olika bolag ställer ABL inte upp några begränsningar.³¹⁰ *Innebörden av det sagda blir därför att vi i realiteten kan överbrygga de begränsningar i kompetensen att ge direktiv som vi har analyserat ovan genom att kombinera olika organställningar inom olika bolag hos samma person.* Om vi exempelvis vill att moderbolagets verkställande direktör skall kunna utse och entlediga dotterbolagets verkställande direktörer, låter man en och samma person inneha både posten som verkställande direktör i moderbolaget och t.ex. styrelseordförandeposterna i dotterbolagen.³¹¹ Samtidigt låter vi dotterbolagets styrelse uppdraga åt dess styrelseordförande att agera vid tillsättning och avsättning av den verkställande direktören.³¹² På liknade sätt kan vi alltså skraddarsy den kompetens och makt som någon i moderbolaget skall inneha inom dotterbolagets förvaltning. Moderbolagets ledning kan ju så som ägare av dotterbolagsaktierna fritt välja vilken befattning de vill ha i dotterbolaget, eftersom det är dotterbolagsstämman som utser styrelsen som i sin tur utser både styrelseordförande och verkställande direktör. Kombinationer av olika organställningar inom skilda bolag likt exemplet ovan kan också få stor betydelse, som vi skall se nedan, för sådana strategier som vi nu skall övergå till att behandla.

³⁰⁸ Se Dotevall s. 122m, 128x.

³⁰⁹ Se Prop 1975:103 s. 377n f, Kedner, Roos och Skog I s. 248x.

³¹⁰ Låt vara att 8:7 ABL stadgar en upplysningsplikt inför styrelseval angående antalet uppdrag i andra företag, men detta kan knappast ses som en begränsning i nu angivet avseende.

³¹¹ Se Åhman s. 449m.

³¹² Se Åhman s. 449m.

8.5.2.3 Andra sätt att skapa dubbla lojaliteter

Att utse identiska ställföreträdare är bara ett sätt att öka moderbolagets inflyttande över dotterbolagens förvaltning vid sidan av de tidigare analyserade strategierna och de kompetenser som ABL ger. I detta avsnitt skall vi ta upp andra sätt att åstadkomma detta. När inte moderbolagets ledning kan ge direktiv som nämnts får de i stället nöja sig med att ge olika typer av råd till ledningarna i koncernbolagen. Strategin har många likheter med *en statsmannaledning* eftersom påverkan enbart kan ske avseende vem som skall ta besluten och mot vilken bakgrund de tas.³¹³ I övrigt saknas dock kompetens att ingripa i varje enskilt beslut.³¹⁴ Råd från en koncernledning kan givetvis till sin form var utformade som direktiv. Den reella innebörden av dessa kan dock inte vara annat än råd. Dotterbolagets ledning har kompetens att på eget ansvar beakta och ta till sig råd och synpunkter från vem som helst i sin förvaltning av bolagets angelägenheter.³¹⁵

Vad moderbolaget och koncernledningen kan och vill är att påverka koncernbolagens ledningars benägenhet att ta till sig dylika råd och synpunkter. Detta kan ske, dels genom att medvetet utse personer, som visserligen inte är identiska med moderbolagets ställföreträdare, men som bedöms vara koncernlojala i ledningsbefattningar hos dotterbolagen, dels genom att påverka dessa personers incitament att agera lojalt. Vad gäller det senare finns en mängd variabler att spela med för moderbolaget. *Här gäller det att skapa en struktur där det som är bra för koncernen även är bra för ställföreträdarna i dotterbolagen personligen.*

Det kanske mest självklara momentet i detta är dotterbolagsstämmans kompetens att bevilja bolagsledningen ansvarsfrihet enligt 9:7 st2 p3.³¹⁶ Det ligger kanske i farans riktning att stämman kommer inta en mer "...förstående inställning till dåliga beslut..." som tagits av ledningen i dotterbolaget "...på inrådan.../...av.../...moderbolaget."³¹⁷ Än större torde risken dock vara att stämman intar "...en oförstående inställning om..." dotterbolagsledningen "...inte gjort som VD i moderbolaget eller koncernchefen..." vill.³¹⁸ Men det är ju som sagts ovan inte bara aktieägare som ledningen har ansvarar gentemot utan även andra som t.ex. bolagets borgenärer. En oro för att dessa skall utkräva ansvar kan mildras t.ex. genom att någon form av *ansvarsförsäkring* tecknas för ledningen.³¹⁹ Detta torde ökar möjligheten för ledningen i dotterbolag att ändå följa synpunkter från moderbolaget i situationer där dotterbolagsledningens lojalitetsplikt mot det egna bolaget gör sig gällande; främst när 12 kap ABL inte iakttas.

Det kan i detta sammanhang nämnas att diskussion har funnits om huruvida det skall finnas regler om obligatorisk ansvarsförsäkring för ställföreträdare i ABL. Spörsmålet togs upp i Prop. 1997/98:99 s. 192x men sådant krav avfärdades bl.a. eftersom kontrollen av sådan reglering skulle bli svår att reglera.

Det finns en mängd andra variabler som kan användas för att åstadkomma den ovan önskade koncernlojaliteten hos ledningarna i koncernbolagen. Ett av de mer självklara sätten att uppnå detta är att ta in ställföreträdare från dotterbolagen i koncernledningen. Vi har i vår undersökning ovan (avsnitt III.4.5.2.1.2(Organställning i dotterbolaget och representant i koncernledningen)) sett att detta förekommer samtidigt som vi konstaterat att sådana upplägg inte i sig utökar koncernledningens kompetens enligt ABL (avsnitt III.4.5.2.1.3). Detta hindrar emellertid inte det faktum att konstruktionen kan vara effektiv för att få dotterbolagens ledningar att agera

³¹³ Se Forblad s. 163m

³¹⁴ Med detta avser vi främst de begränsningar som råder vad gäller möjligheten för dotterbolagsstämmans att ge dotterbolagets ledning direktiv. (Se ovan i avsnitt III.3.2.1, III.3.2.2, III.4.5.2.1.) Parentetiskt kan nämnas att statsmannaledning alltså är motsatsen till ett ministerstyre. Ett ministerstyre kännetecknas av en rätt till inflyttande i varje enskilt beslut. (Se t.ex. Erik Holmberg och Nils Stjernquist Vår författning s. 117x)

³¹⁵ Se bl.a. Unger s. 20h n f, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 165x. Se även Paul Krüger Andersen Studier i dansk koncern ret s. 211n f. Han påpekar att organisationsteori inte är någon enhetlig teori utan består av element av emperi, teknologi och sociologi m.m.(212x). Den amerikanska termen på detta är strategic management (s. 212y).

³¹⁶ Se avsnitt III.3.4.2

³¹⁷ Se Unger s. 21v n.

³¹⁸ Se Unger s. 21h x.

³¹⁹ Se Dotevall s. 149ö f.

koncernlojalit. Precis som vid inrättande av identiska ställföreträdare i moder- respektive dotterbolag får dotterbolagens ledning ett bredare koncernperspektiv i sitt beslutsunderlag.³²⁰

En annan möjlighet att åstadkomma koncernlojalitet är att påverka *ledningens personliga villkor för uppdraget*. Eftersom moderbolaget har i sin makt att entlediga och förändra lönevillkor m.m. för ledningarna i koncernbolagen talar mycket för att dessa kommer väga in sina egna villkor när de tar ställning till synpunkter från moderbolaget.³²¹ Vi kan använda vårt exempel i slutet av avsnitt III.4.5.2.2.4 ovan angående dubbelt ställföreträdarskap för att illustrera situationen. Vi låter alltså den verkställande direktören i moderbolaget få inflyttande över utseende av dotterbolagens verkställande direktörer. I en sådan situation finns det åtskilligt som talar för att dotterbolagens verkställande direktörer kommer att följa icke förpliktande synpunkter på förvaltningen av dotterbolagen från moderbolagets verkställande direktör. På detta sätt kan moderbolaget alltså genom att kombinera olika organställningar i de olika bolagen knyta makten över dotterbolagsledningarnas personliga villkor till den ”rådgivare” som man vill att de skall följa.

Ett annat exempel på en mer renodlad form av identifikation, mellan det goda för koncernen och det goda för ledningarna i dotterbolagen personligen, skulle kunna vara aktierelaterade incitamentsprogram för dotterbolagens ledningar, kopplade till ett börsnoterat moderbolag.³²² Rodhe går t.o.m. så långt att han hävdar att denna form av identifikation ”...kan verka mer påtagligt än ett skadeståndshot, som är ovisst och endast i grövre fall kan bli en realitet.”³²³

8.5.2.4 Sammanfattande diskussion

Efter detta försök att beskriva hur ett moderbolag kan utöva inflyttande vid sidan av de kompetenser som ABL ger har vi i vår analys kommit fram till frågan om dessa strategier är tillräckligt kraftfulla för att dominera de övriga bolagen i koncernen. Detta är ”...ett grundläggande juridiskt problem...” som ”...inte intresserat den svenska lagstiftaren...”än så länge.³²⁴ Detta trots att spörsmålet har diskuterats sedan årtionden inom ramen för EG, som vi nämnt i avsnitt III.4.4.3 ovan.³²⁵ I doktrinen tas frågan upp, men behandlas relativt kortfattat.

Dotevall nöjer sig med att fastställa följande frågeställning: I vilken utsträckning kan ”...moderbolaget...använda de i koncernen ingående bolagen för att genomföra en för koncernen gemensam strategi...”³²⁶ Även Rodhe ställer en liknande fråga, vilket skall behandlas något mer nedan³²⁷.

Oberoende av svaret på frågan, kan det scenario som vi beskrivit ovan i avsnitt III.4.5.2.3, lätt framstå som ett gisslandrama där ledningen i dotterbolagen sitter i moderbolagets klor och är mer eller mindre pressade att beakta den senares synpunkter vid förvaltningen i dotterbolagen. Samtidigt har dotterbolagsledningen ett självständigt ansvar mot det egna bolaget. Effekten kan därför lätt bli att ledningen tvingas ta ansvar för moderbolagets strategier.³²⁸ I doktrinen finns åtskilliga påpekande om att erfarenheter visar att dotterbolags ledningar i många fall har ”...svårt .../...att hävda sig...”³²⁹

³²⁰ Observera att representantskap i koncernledningen inte generellt kan betraktas som identiskt ställföreträdarskap. Se avsnitt III.4.5.2.2.2.

³²¹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 217y, Borgström s. 100ö, Unger s.21v m, 21h ö.

³²² Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 218x, se även 217y.

³²³ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 217y.

³²⁴ Se Fermenta-rapporten s. 186ö.

³²⁵ Se Fermenta-rapporten s. 186x, Paul Krüger Andersen Studie i Dansk koncernret s. 169x f.

³²⁶ Se Dotevall s. 163x. Han hänvisar till frågans behandling utländsk doktrin (se Dotevall not 115 på sida 163)

³²⁷ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 271n f.

³²⁸ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 180n f

³²⁹ Se Åhman s. 725x. Se även Rodhe Aktiebolagsrätt s.180n, Fermenta rapporten s. 174m, Taxell s. 103y, Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 338ö, Borgström Koncernrättsliga Problem s. 100ö.

8.6 Dotterbolagsledningens lydnads- och lojalitetsplikt

8.6.1 Inledning

Vi skall nu försöka att överföra de slutsatser som vi har dragit, i vår analys i avsnitt III.3.3 ovan, till ett koncernförhållande. Där det är moderbolaget som äger dotterbolagsaktierna och i kraft av dessa försöker utöva inflyttande över dotterbolagets ledning genom direktiv.

I ett koncernförhållande blir det dotterbolagsledningen som har en lydnadsplikt mot dotterbolagsstämman, eftersom denna kan lämna bindande direktiv till ledningen i dess förvaltningsuppdrag.³³⁰ Lydnadsplikten är dock begränsad på tre sätt. För det första får den inte utövas i sådan utsträckning att dotterbolagsledningen förlorar sin ställning såsom ansvarig handhavare av bolagets förvaltning.³³¹ För det andra får direktiv inte bryta mot ABL, redovisningslagstiftning och bolagsordning enligt 8:34 2 st. ABL.³³² För det tredje får det inte vara frågan om direktiv som är oförenliga med dotterbolagets intressen och uppenbarligen riskerar att skada dotterbolaget.³³³ Den sista begränsningen skall dock inte tolkas som att lydnadsplikten inte gäller vid affärsmässigt olämpliga direktiv eller sådana som kan leda till att dotterbolaget blir skadeståndsskyldig för t.ex. kontraktsbrott.³³⁴ Det är här snarare frågan om en bedömning av hur pass skadligt ett direktiv är. Sammantaget leder detta till slutsatsen att dotterbolagets ställföreträdare har en självständig plikt att pröva om direktivet ryms inom deras lydnadsplikt eller om deras lojalitetsplikt mot det egna bolaget tar över.³³⁵ Lojalitetsplikten inträder också på ett tidigare stadium än möjligheten att utkräva skadestånd för lojalitetsbrott enligt resonemangen i avsnitt III.3.3.2 och III.3.5 ovan

Ovan har vi även tagit upp andra strategier vid sidan av ABL som används för att dominera dotterbolagen. I avsnitt III.4.5.2 ovan tog vi upp och resonerade kring förekomsten av en slags *koncernlojalitet* hos ledningarna i dotterbolagen vid sidan av den lojalitetsplikt som de har till det egna bolaget. *Om, på detta sätt, moderbolaget kan skapa en ledningsstruktur inom koncernbolagen som präglas av en sådan lojalitet kan de kontrollera, styra och dominera dessa bolag endast genom att ge icke förpliktande råd och synpunkter på hur förvaltningen skall ske. Här rör det sig alltså inte om någon formell lydnadsplikt, men inte desto mindre torde man kunna uppnå samma reella effekt som det vore frågan om en sådan.*

8.6.2 Koncernlojalitet kontra dotterbolagslojalitet

Den fråga som vi ovan berört men här skall utveckla något ytterligare är: *I vilken utsträckning ledningen i ett dotterbolag har rätt att följa direktiv, råd och synpunkter från moderbolaget till skada för dotterbolaget men till gynnande av koncernen som helhet?*

Frågan har som redan nämnts ännu inte fångat den svenske lagstiftarens intresse.³³⁶ Här kommer vi in på de borgenärsskyddande begränsningsreglerna i 12 kap ABL. Lagstiftaren har i och för sig uppmärksammat saken men kanske inte i tillräcklig utsträckning. I Fermenta-rapporten tas detta spörsmål upp till behandling.³³⁷ Här ges emellertid inga närmare preciseringar av gränsen för lydnadsplikten hos ledningen i dotterbolaget. De nöjer sig med att konstatera att, oavsett var den gränsen dras finns, inga egentliga sanktioner inom ramen för ABL, annat än att dotterbolagsledningen kan ställas till ansvar enligt bl.a. 15 kap ABL.³³⁸ Det fastställs att detta inte är helt tillfredsställande mot bakgrund av att det faktiskt är moderbolaget som utnyttjat sitt reella inflytande över

³³⁰ Se bl.a. Nial i festskrift till Knut Rodhe s.334n f, Kedner, Roos och Skog I s. 231m, Taxell s. 101y, Dotevall s. 31ö, Johansson s. 149m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 162y, Åhman s. 599ö.

³³¹ Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även SOU 1995:44 s. 157y.

³³² Se SOU 1995:44 s. 157y, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 188y, 245x, Taxell s. 101y, Dotevall s.31x, Åhman s. 599ö, Kedner, Roos och Skog I s. 260n f.

³³³ Se Kedner, Roos och Skog I s. 261m, Nials utlåtande i NJA 1960 s. 698 s706m, 707m, Nial i festskrift till Knut Rodhe s.335n Taxell s. 101n, Dotevall s. 89x, 91y.

³³⁴ Se Dotevall s. 91x.

³³⁵ Se Kedner, Roos och Skog I s. 261y, Nials utlåtande i NJA 1960 s. 698 s706y, 707x, 707y, se även Nial i festskrift till Knut Rodhe s. 343m, Taxell s. 101n, Dotevall s. 79x, 89x, särskilt 91x.

³³⁶ Se Fermenta-rapporten s. 186ö.

³³⁷ Se Fermenta-rapporten s. 186ö.

³³⁸ Se Fermenta-rapporten s. 181ö. Se kommentaren i fotnot 286 ovan.

dotterbolaget. Detta har skett genom uppbyggnad av en organisation och ledningsstruktur som medför möjligheter till påverkan som ligger vid sidan av de kompetenser som ABL ger.³³⁹ Några konkreta slutsatser dras emellertid inte i utredningen utan istället hänvisas till att det här föreligger ”...en angelägen lagstiftningsfråga, som bör tagas upp av de lagstiftande myndigheterna snarast möjligt.”³⁴⁰ Vidare anser utredarna att ledning i lagstiftningsarbetet kan hämtas från diskussionen kring ett nionde bolagsdirektiv inom EG-rätten.

Som vi tagit upp ovan så förs det diskussioner på europeisk nivå om att utfärda *ett nionde bolagsdirektiv*.³⁴¹ Direktivet ger två alternativ lösningar. Den första går i stora drag ut på att ett moderbolag genom avtal kan ges kompetens att utöva dominerande inflyttande över ett dotterbolag.³⁴² Samtidigt blir moderbolaget ansvarigt för dotterbolags skulder där de inte kan visa att dessa inte uppstått p.g.a. moderbolagets handling eller underlåtenhet.³⁴³ Det andra alternativet innebär inte att moderbolaget ges någon formell kompetens över dotterbolaget. Istället skall man upprätta en årlig rapport över koncerninterna mellanhavanden som skall ligga till grund för en bedömning av om moderbolaget tillfogat dotterbolaget skada. Om så är fallet skall moderbolaget ansvara för denna skadan. Exempel på sätt att tillfoga dotterbolaget skada är att moderbolaget direkt eller indirekt påverkar dotterbolagets beslutande organ.³⁴⁴ I dagsläget vet vi dock inte när ett sådant direktiv kan blir verklighet.³⁴⁵ Fram tills vi får klarhet i detta är vi hänvisade till frågans sparsamma behandling i doktrinen.

Hur ser då övrig doktrin på situationen. Rodhe konstaterar ”...att detta är ett område, där avståndet mellan de juridiska formerna och verkligheten är ovanligt stort.”³⁴⁶ Rodhe försöker beskriva gränsen för moderbolagets inflyttande. Detta gör han genom att precisera vilka fördelar som kan krävas för att inte dotterbolagsledningens lojalitetsplikt mot det egna bolaget skall komma i konflikt med moderbolagets direktiv.³⁴⁷ Men att i detta avsnitt gå längre än att antyda vad Rodhe avser skulle föra för långt eftersom hans resonemang är nära kopplade till de bedömningar som görs i 12 kap. ABL. Av den anledningen avser vi att i stället ta upp och utveckla detta i samband med vår analys av 12 kap. ABL i avdelning V.

Dotevalls sätt att behandla ovan nämnda fråga går ut på att han menar att det knappast kan ”...anses vara ändamålsenligt att lösa intressekonflikter...genom att prova om varje enskild transaktion är skäligen.”³⁴⁸ Därför anser han, som tagits upp ovan, att frågans lösning skall sökas i svaret på ”...i vilken utsträckning moderbolaget kan använda de i koncernen ingående bolagen för att genomföra en för koncernen gemensam strategi.”³⁴⁹ Här nöjer sig Dotevall dock med att hänvisa till frågans behandling i utländsk doktrin.³⁵⁰

Vi kommer som nämnts att analysera dessa frågor ytterligare i samband med behandlingen av 12 kap. ABL nedan. Därför lämnar vi här denna fråga och övergår till att behandla skadeståndsansvaret.

8.7 Skadeståndsrättsliga aspekter

8.7.1 Inledning

Vi har här för avsikt att ta upp och beskriva de särskilda skadeståndsrättsliga problem som kan uppstå i ett koncernförhållande. Analysen grundar sig på vad vi redan kommit fram till i avsnitt III.3.4 ovan. I detta avsnitt

³³⁹ Se bl.a. Fermenta-rapporten s. 180n.

³⁴⁰ Se Fermenta-rapporten s. 188x.

³⁴¹ Se Paul Krüger Andersen s. 169 ff, Fermenta-rapporten s. 186x f

³⁴² Som vi har tagit upp i avsnitt III.4.4.3 ovan anses bolagsorganen i svensk rätt sakna en sådan kompetens idag. (Se Prop 1976/77:137 s. 38x, Nial FJFT 1973 s. 234y, Åhman s. 594n f f, 615m, 645n, Rutberg och Skog SvSKT 1997 s. 578n f, Mahmut Baran SvSKT 1997 s. 590x, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 265y.)

³⁴³ Se Fermenta-rapporten s. 186n f.

³⁴⁴ Se Fermenta-rapporten s. 187x.

³⁴⁵ Se vidare behandlingen av direktivet i avsnitten III.4.4.3, III.4.5.2.4 ovan.

³⁴⁶ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 272x.

³⁴⁷ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 271n f med hänvisningen till sidan 122 f.

³⁴⁸ Se Dotevall s. 163ö.

³⁴⁹ Se Dotevall s. 163x.

³⁵⁰ Se Dotevall s. 162n f och not 115 på s. 163.

skall vi därför enbart beröra och utveckla sådana aspekter som tillkommer vid inrättande av koncernledning och koncernchef.

8.7.2 Allmänt sysslomansansvar för koncernledningen

Inledningsvis bör påpekas att ansvar för en koncernledning eller koncernchef bara kan bli aktuellt om de har någon form av kompetens. Om sådan saknas kan de inte heller ställas till ansvar.³⁵¹ Här faller ansvaret istället på dem som har kompetens och som väljer att följa en sådan koncernlednings eller koncernchefs icke förpliktigaande råd och synpunkter. Detta förhållande behandlar vi först i nästa avsnitt.

Personer som ingår i koncernledningen eller är koncernchef men i övrigt saknar organställning enligt ABL räknas inte upp i 15:1 ABL.³⁵² Innebär detta att ansvar enligt 15 kap. är uteslutet eller är det tänkbart med en analog tillämpning? Dotevall ställer sig avvisande till en dylik tillämpning i dessa fall.³⁵³

Det skall noteras att en analog tillämpning inte har ansetts helt utesluten i praxis. I NJA 1997 s. 418 ansågs nämligen bristtäckningsansvaret i 12:5 ABL vara analogt tillämpligt på bl.a. koncernchef. Detta innebär indirekt en analog tillämpning även av 15:1 ABL eftersom 12:5 hänvisar hit.³⁵⁴ Av rättsfallet är emellertid svårt att dra några allmänna slutsatser för det fall att talan väcks direkt enligt 15 kap. ABL:

Om analog tillämpning av 15 kap. ABL är uteslutet, vad finns det i så fall för möjligheter att ställa sådana personer till svars? Denna typ av befattningshavare har oftast uppdrag av sådan natur att de inte kan anses utgöra vanliga arbetstagare. Av denna anledning regleras inte heller deras ansvar genom skadeståndslagen 4:1.³⁵⁵ Vi blir därför hänvisade till de allmänna skadestandsregler som gäller för syssломän, som nämnts i avsnitt III.3.4.1 ovan.³⁵⁶

En följd av att vi på detta sätt hamnar utanför regleringen i 15 kap. ABL är att *ren förmögenhetsskada*, d.v.s. skador som saknar samband med person- och saksador, bara ersätts i vissa fall. Ansvarsreglerna i ABL är ju, som vi nämnt i avsnitt III.3.4.2 ovan, ett undantag från huvudregeln att ren förmögenhetsskada enbart ersätts enligt 2:4 Skadeståndslagen om den uppkommer i samband med brott.³⁵⁷ Följden blir att möjligheten att få skadestånd för denna typ av skador från befattningshavare av nu aktuellt slag är generellt sätt mer begränsad eftersom det dessutom krävs att handlingen utgör ett brott.

En koncernledning eller en koncernchef av nu aktuellt slag har sitt *ansvar för skador som orsakas uppdragsgivaren (moderbolaget)* uttryckt i 18:3 HB. Här stagas ansvar för olika typer av illojalt handlande utanför den kompetens, som uppdragsgivaren (moderbolaget) lämnat syssломannen, som innebär skada för uppdragsgivaren (moderbolaget).³⁵⁸ För skador som orsakats när syssломannen bryter mot instruktioner inom den givna kompetensen saknas regler i 18 kap. HB. Trots detta anses syssломannen ändå ansvara för dessa skador om de vållats av oaktsamhet (den oskrivna regeln).³⁵⁹

Ansvar för *indirekt skada*, d.v.s. att aktieägare eller borgenär skadas p.g.a. att moderbolaget skadas, torde inte kunna göras gällande på motsvarande sätt som enligt 15:1 ABL.³⁶⁰

³⁵¹ Se Unger s. 18h y.

³⁵² Se Dotevall s. 39ö.

³⁵³ Se Dotevall s. 39m.

³⁵⁴ Vi skall återkomma till detta i avsnitt V.5.1.4 angående konkursbos återkravsmöjligheter.

³⁵⁵ Se Dotevall s. 38x, 39y.

³⁵⁶ Se Kedner, Roos och Skog II s. 263x.

³⁵⁷ Se SOU 1995:44 s245y, Hellner Skadeståndsrätt s. 22y, 28m, Dotevall s. 168ö, 39y.

³⁵⁸ Se Tiberg och Dotevall s. 28m.

³⁵⁹ Se Tiberg och Dotevall s. 29ö.

³⁶⁰ Huvudregel i svensk rätt är att indirekt skada inte är ersättningsgill.(se Prop 1975:5 s. 159x, Dotevall s.178x, Hellner s. 362 ff). 15:1 ABL utgör ett av undantagen från denna huvudregel (se Dotevall s. 178ö, 183n ff, Kedner, Roos och Skog II s. 264m f).

Befattningshavare av nu aktuellt slag bör emellertid kunna göras ansvarig enligt 25 § avtalslagen. Stadgandet täcker t.ex. direkt skada som en godtroende avtalspart drabbats av genom att moderbolaget inte har bundits, p.g.a. att koncernledningen eller koncernchefen saknas erforderlig kompetens.³⁶¹

Nedan tänker vi ta upp vilket ansvar den som delegerar kompetens till en koncernledning eller koncernchef har. Vi tänker här bara i korthet kommentera möjligheten för den skadelidande att kräva ansvar av den delegerande när denne brustit i sin tillsynsplikt över den som fått kompetens delegerad till sig.³⁶² Detta utgör en möjlighet att få ersättning när det t.ex. rör sig om ren förmögenhetsskada som inte har samband med brott eftersom ren förmögenhetsskada ersätt enligt 15 kap. ABL. I detta sammanhang torde inte vara uteslutet, för den som härigenom tvingas betala skadestånd, att göra gällande ett *regressansvar* gentemot koncernledningen och/eller koncernchefen, enligt 18:3 HB eller den oskrivna regeln ovan.

8.7.3 Ansvarsfördelningen mellan dotterbolagsledning och koncernledning

Om en koncernchef har fått kompetens delegerad till sig regleras hans ansvar alltså enligt allmänna syssломannaregler som nämnts ovan. Frågan är dock vilket ansvar den person i organställning, t.ex. styrelseledamot eller verkställande direktör har, som delegerat sin kompetens enligt ABL? Minskar hans ansvar i motsvarande mån som delegering skett? Ansvar för dessa persons kan reduceras om tre förutsättningar är uppfyllda.³⁶³ Inledningsvis måste den som fått kompetens delegerad till sig vara kompetent för uppgiften. Dessutom får inte instruktionerna till denna person vara bristfälliga. Till sist måste den som delegerat kompetens även fortsättningsvis iaktta sin tillsynsplikt. Dessa förutsättningar grundar sig på "...den grundläggande principen i skadeståndsrätten att ansvar endast inträder för eget vållande."³⁶⁴ Den delegerande är även efter överföringen av kompetens överordnad den om fått uppgiften tilldelad sig. Detta innebär att den överordnade fortfarande har möjlighet att när som helst dra tillbaka kompetensen.³⁶⁵ Därför är det först när kontroll utövas med tillbörlig omsorg som han undgår ansvar.

Ett annat förhållande som vi tänker behandla här är situationen då en person har utsetts av styrelsen vid sidan av den verkställande direktören. Hur påverkar detta förhållande ansvaret för den verkställande direktören? Dotevall menar i det här sammanhanget att ansvaret för den verkställande direktören "...minskas...i motsvarande mån."³⁶⁶

Vi skall avslutningsvis ta upp och kommentera vad vi tagit upp i avsnitt III.4.5.2.3 och III.4.6 ovan ur ett skadeståndsrättsligt perspektiv. Här tog vi upp frågor kring den lojalitetsplikt som ledningen i dotterbolaget har till det egna bolaget. Det vi där kallade koncernlojalitet beskrev vi som den samlade effekten av en mängd olika faktorer. Vi skall här bara ta upp förekomsten av *ansvarsförsäkringar för bolagsledningen*. Detta är en av flera omständigheter som gör att detta "...risktagande förblir endast teoretiskt..." vad gäller skadeståndsansvaret för bolagsledningen enligt Dotevall.³⁶⁷

Dotevall anser att det "...finns knappast något avgörande skäl med avseende på skadeståndets preventiva effekt att förhindra att ansvaret läggs på bolaget genom av bolaget betald ansvarsförsäkring."³⁶⁸ Låt vara att en dylik övervärtning av ansvaret på ett försäkringsbolag rimligen torde bli ekonomiskt kostbart för bolaget i form av dyra premier. Den reella effekten av en sådan skulle emellertid kunna bli att dotterbolagsledningen i stort sett bortser från sin lojalitets plikt, inom den ram som försäkringen täcker, och därför helt och hållet följer moderbolagets, koncernledningens eller koncernchefens direktiv. Vad sedan gäller övriga omständigheter som

³⁶¹ Se Dotevall s. 39y, Tiberg och Dotevall s. 69n ff.

³⁶² Se Dotevall s. 101m, Se även Kedner, Roos och Skog I s. 245x.

³⁶³ Se Dotevall s. 101m, Se även angående de tre förutsättningarna Kedner, Roos och Skog I s. 245x.

³⁶⁴ Se Dotevall s. 101y.

³⁶⁵ Se Dotevall s. 101m.

³⁶⁶ Se Dotevall s. 40x.

³⁶⁷ Se Dotevall s. 149ö.

³⁶⁸ Se Dotevall s. 149y.

gör att skadeståndshotet för ledningen ofta framstår som både ovisst och teoretiskt hänvisar vi till avsnitt III.3.4.2 ovan.

Avslutningsvis kan vi bara instämma i Rodhes uttalande om att faktorer är knutna till ledningens egen intresse kan i många fall verka mer påtagligt "...än ett skadeståndshot som är ovisst och endast i grövre fall kan blir en realitet."³⁶⁹ Även lagstiftaren uppvisar en liknande inställning till brukandet av 15 kap. ABL som sanktion. Det fastställs att det "...torde vara mycket ovanligt att skadeståndsansvar verkligen utkrävs."³⁷⁰

9 Sammanfattning och slutsatser

9.1 Lojalitetsplikten hos ställföreträdare enligt ABL

I avsnitt III.3.3 har vi sett att bolagsstämman visserligen har möjligheten att ge bindande direktiv till bolagets ledning. Vi har emellertid också konstaterat att denna möjlighet enbart kan tillåtas utövas i undantagsfall och aldrig får bli huvudregel i bolaget.³⁷¹ Vidare får enligt 8:34 2 st. ABL inte direktiv som strider mot bl.a. ABL följas. Inte heller direktiv som medför en uppenbar risk för skada å bolaget skall följas. Gränsen för lydnapplikten inträder och lojalitetsplikt gentemot bolaget träder in. Slutsatsen blir därmed att bolagsledningen alltid har att självständigt pröva ett överordnat organs direktivrätt och direktiv. Häri ligger den speciella ställningen som ledningsorganen har. De är visserligen sysslomän men deras utrymme för eget agerande är större än normalt.³⁷²

9.2 Lojalitetsplikten i dotterbolag i förhållande till koncernlojaliteten

Vi har i avsnitt III.4 sett att koncernledningen som sådan inte lyder under någon reglering i ABL. Den har således ingen legitimitet utifrån lagstiftning.³⁷³ Istället måste koncernledningen vara en rättsfigur som får sin kompetens p.g.a. andra omständigheter. Dessa omständigheter ingår som olika delar i strategier hos moderbolagets ledning för att effektivt kunna leda sina dotterbolag. Vi har ovan behandlat följande möjligheter att ge koncernledningen kompetens:

1. Kompetens via delegering. Vi kom här fram till att kompetensen på denna grund ger en mycket begränsad handlingsförmåga gentemot dotterbolagen.³⁷⁴
2. Kompetens via bakomliggande organställning enligt ABL. Vi kan här tänka oss att t.ex. verkställande direktören i moderbolaget även är koncernchef. Detta medför inte att denne i rollen som koncernchef erhåller större möjligheter att ge direktiv till dotterbolagen än vad dotterbolagets ställföreträdarens lojalitetsplikt mot det egna bolaget medger.³⁷⁵
3. Upprättande av en koncernlojalitet vid sidan av lojalitetsplikten mot det egna bolaget d.v.s. upprättande av dubbla lojaliteter.³⁷⁶ I avsaknad av en formell beslutanderätt söker man genom olika corporate governance strategier få dotterbolagens ledningar att agera koncernlojalt. Härigenom försöker man skapa en motvikt mot ställföreträdarnas lojalitetsplikt mot det egna bolaget. *Resultatet av detta blir en intergering av kontrollen över koncernbolagens förvaltning till en enhet.*³⁷⁷ *Samtidigt stannar ansvaret kvar hos ställföreträdarna i dotterbolagen som framgår av vår analys ovan.*³⁷⁸ Klart är att det inte blir frågan om någon absolut kontroll ens när det är fråga om den mest utpräglade formen av försök att åstadkomma sådan lojalitet, d.v.s. genom bruket av identiska ställföreträdare i både moder och dotterbolag. Detta beror på att ställföreträdarna i

³⁶⁹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 217y.

³⁷⁰ Se Prop. 1997/98:99 s. 187ö.

³⁷¹ Se särskilt avsnitt III.3.3.2.

³⁷² Se avsnitt III.3.3.2, III.3.3.3.

³⁷³ Se avsnitt III.4.4.

³⁷⁴ Se avsnitt III.4.5.1.

³⁷⁵ Se avsnitt III.4.5.2.1.3, III.4.5.2.1.4, III.4.5.2.2, III.4.5.2.3.

³⁷⁶ Se avsnitt III.4.5.2.

³⁷⁷ Se avsnitt III.4.5.2, särskilt avsnitt III.4.5.2.4.

³⁷⁸ Se bl.a. avsnitt III.4.5.2.1.3, III.4.7.

dotterbolaget knappast kan helt och hållet bortse från att väga in sin lojalitetsplikt gentemot dotterbolaget när de tar sina beslut.³⁷⁹ Å andra sidan torde emellertid det faktiska utrymmet för integration av kontrollen över koncernbolagens förvaltning, genom de olika strategier som vi behandlat ovan, vara avsevärt större än vad ABL och dess förarbeten utgår från.

Nu har vi alltså kommit så långt i vår undersökning att vi har fått en överblick över de särskilda möjligheter som finns inom ramen för koncernbildningen att skapa förutsättningar för en särskild koncernlojalitet. Via en mängd olika strategier söker moderbolaget att upprätta reellt genomslag för de beslut som en inrättad koncernledning tar.³⁸⁰ Härvid används som vi sett t.ex. bakomliggande organställningar i koncernbolagen och inrättande av identiskt ställföreträdarskap hos bolagen. På detta vis söker man överbrygga de legala begränsningar som finns i moderbolagets ägares och lednings möjligheter att utöva inflytande över dotterbolagens dagliga verksamhet.

Strategierna för ökad kontroll medför emellertid som vi sett inte att dotterbolagets ledningar kan helt ignorera sin lojalitetsplikt gentemot det egna bolaget. Han är ju pliktig att i egenskap av ledningsorgan enligt ABL självständigt pröva de direktiv som erhålls. Prövningen skall omfatta dels huruvida givaren av direktivet har kompetens att ge detta, dels huruvida direktivet medför uppenbar risk för skada inom det egna bolaget. Det finns alltså en gräns för lydnapplikten hos dotterbolags ledning där lojalitetsplikten mot det egna bolaget tar över.³⁸¹ Vi kan alltså konstatera att ett dotterbolags ledningsorgan även sedan koncernledning eller dylikt upprättats kvarstår som ansvarig för de beslut som tas i dotterbolaget. I legalt hänseende kan lojalitetsplikten enbart inskränkas så till vida att dotterbolagets ledning p.g.a. deltagande i koncernens angelägenheter möjligen medför att bedömningen av risken för skada hos visst direktiv kan underbyggas med en övergripande koncernstrategi och därför inte lika ofta kommer att hindra dotterbolagsledningen från att agera koncernlojalt.³⁸² Faktum kvarstår emellertid: Kontrollen kan ökas för moderbolagets del genom de strategier vi tagit upp medan ansvaret för dotterbolagens ledningar i hög utsträckning kvarstår.

9.3 Lojalitetsplikten och den tvingande kärnan i ABL

9.3.1 Allmänt

Det faktum att ett dotterbolags ledning alltid har att självständigt pröva dels kompetensen hos det organ som ger visst direktiv, dels huruvida visst direktiv medför en uppenbar risk för skada inom det egna bolaget hör nära samman med den absolut tvingande kärna regler som i doktrin och förarbeten anses finnas inom 8 och 9 kap. ABL. Nial uttrycker ju att detta gäller för just "...kompetensfördelningen mellan stämman och styrelsen".³⁸³ En detaljerad styrning av styrelses och verkställande direktörs förvaltning från överordnat organ anges även i förarbetena strida mot "...lagens anda och mening...".³⁸⁴ Att helt låta ett dotterbolag uppgå i moderbolaget och vidta fullständig centralstyrning anses alltså som ett så grovt åsidosättande av aktiebolagets karaktäristik att det inte kan accepteras.

Vad har då detta för egentlig betydelse för moderbolagets ledning när de utformar koncernens organisation? Visserligen anses just allt för grova åsidosättanden av den organisatoriska regleringen ej kunna vidtas ens genom SAS-principen. Att fastställa detta är dock meningsfullt enbart om åsidosättande kan angripas. Så länge enbart aktieägarskyddande regler åsidosätts i en helägd koncern kommer emellertid angripande de facto inte att kunna ske eftersom moderbolaget är enda aktieägaren.

³⁷⁹ Se analysen i avsnitt III.4.5.2.2.4 ovan.

³⁸⁰ Se avsnitt III.4.5.2.

³⁸¹ Se analysen i avsnitt III.3.3, III.4.5.2.2.4 och III.4.6 ovan.

³⁸² Se analysen i avsnitt III.4.5.2.2.4 ovan.

³⁸³ Se Nial i Festskrift till Knut Rdhe s. 334n f.

³⁸⁴ Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även SOU 1995:44 s. 157y.

9.3.2 Begränsad sanktion av den tvingande kärnan

9.3.2.1 Inledning

Om nu inte aktieägarna kommer att angripa olika typer av utpräglade åsidosättanden av den organisatoriska regleringen blir det av avgörande betydelse hur vida möjligheterna är för borgenärer (och även konkursförvaltare) att angripa detta. Som vi sett är ju resonemang kring en absolut tvingande kärna i dessa regler beroende av just sanktionsmöjligheter.

9.3.2.2 Personligt ansvar för ställföreträdare

Borgenärer har två möjligheter att ställa bolagsledningen personligen till svars för en åtgärd eller underlåtenhet som innebär brott mot lojalitetsplikten. De saknar möjlighet att driva talan om skadestånd till bolaget. Deras möjligheter att driva skadeståndstalan mot bolagsledningen är liksom aktieägarnas beroende av att fullbordad skada uppstått för deras del.³⁸⁵

Den första möjligheten för borgenärer att göra ansvar mot bolagsledningen gällande vid lojalitetsbrott är när borgenär har åsamkats en direkt skada. Bolagsledningens ansvar för *skadestånd gentemot borgenärer* enligt 15:1 2 p. ABL är som nämnts ovan begränsat till brott mot ABL, redovisningslagstiftning eller bolagsordning. Dessutom är det bara de regler som, enligt normskyddsläran ovan, är uppställda till skydd för borgenärernas intressen som blir relevanta.³⁸⁶ *Detta sammantaget leder till att borgenärer endast kan göra skadestånd gällande gentemot bolagsledningen när ett lojalitetsbrott även innebär ett åsidosättande av t.ex. bestämmelser till skydd för det bundna kapitalet i 12 kap. ABL.*³⁸⁷ Följden av detta blir alltså att borgenärer ej kan kräva bolagsledningen på skadestånd enbart p.g.a. att de försummat sin lojalitetsplikt mot bolaget och detta inneburit skada för borgenärerna.³⁸⁸

Den andra och sista möjligheten för borgenärer att gentemot bolagsledningen göra gällande försummelse gentemot den senares lojalitetsplikt mot bolaget är när borgenärer drabbas av en indirekt skada som följd av att bolaget skadats.³⁸⁹ För att ansvar skall bli aktuellt i dessa fall krävs för det första att lojalitetsbrottet även som nämnts inneburit brott mot regel som uppställt i borgenärers intresse t.ex. 12:2 i ABL. För det andra krävs det enligt NJA 1979 s. 157 att bolaget genom åtgärden blivit insolvent eller att insolvensen förvärrats.³⁹⁰ Att risken för framtida insolvens ökar genom åtgärden anses inte tillräckligt enligt HD.³⁹¹

9.3.2.3 Ansvarsgenombrott

Sker det inom en koncern en mycket omfattande integration av dotterbolagens organisation och förvaltning kan detta tillsammans med vissa ytterligare rekvisit medföra att upplägget anses som otillbörligt. Detta kan medföra att framgång kan nås för borgenärerna med en talan om ansvarsgenombrott. En närmare analys av hur osjälvständig förvaltning inverkar på möjligheterna för ansvarsgenombrott hänvisar vi till avsnitt V.5.2.3.3. Här skall emellertid påpekas att denna möjlighet för borgenärerna i realiteten medför en sanktion av långtgående brott mot kärnan i 8 och 9 kap. ABL. En uttrycklig om än begränsad sanktion av t.ex. en detaljerad styrning av styrelses och verkställande direktörs förvaltning som i förarbetena fastställs strida mot "...lagens anda och mening..." existerar således.³⁹² *Denna sanktionsmöjlighet av den tvingande kärnan i de organisatoriska reglerna kan inträda helt oberoende av om några tvingande borgenärsskyddande regler konkret åsidosatts.*

³⁸⁵ Se Dotevall s. 50n, 51y.

³⁸⁶ Se om normskyddsläran i avsnitt III.3.1.2 ovan. Se även Dotevall s. 176x f., Bill W Dufwa Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv i Festskrift till sveriges advokatsamfund s. 174n ff.

³⁸⁷ Se Dotevall s. 113n, 114m, 177x.

³⁸⁸ Se Dotevall s. 177ö.

³⁸⁹ Se bl.a. Kedner, Roos och Skog II s. 264m

³⁹⁰ Se NJA 1979 s.157 (sida 162ö i referatet) , Se även Prop 1997/98:99 s190ö, SOU 1995:44 s247y, SOU 1941:9 s. 642 not 3, Dotevall s. 184xf, Kedner, Roos och Skog II s. 121ö, 264y, Andersson Kapitalskyddet i aktiebolaget s. 11n f.

³⁹¹ Se NJA 1979 s.157 (sida 162x i referatet).

³⁹² Se Prop 1975:103 s. 236y. Se även SOU 1995:44 s. 157y.

Visserligen anses ett av rekvisiten för ansvarsgenombrott vara att dotterbolagens verksamhet varit underkapitaliserad.³⁹³ Viktigt är dock att notera att detta i sig inte behöver innebära att 12 kap. ABL träds för när. Vid ansvarsgenombrott gäller således inte normskyddsläran i strikt bemärkelse.

För en vidare analys av ansvarsgenombrott i koncernförhållanden se avsnitt V.5.2.3.4 nedan.

³⁹³ Se avsnitt V.5.2.2.

IV VANLIGA KONCERNINTERNA TRANSAKTIONER

10 Inledning och avgränsning av avsnittet

Efter att nu ha sett på hur reglerna och gränserna ser ut för organiserandet av kompetens och ansvar inom koncernen skall vi övergå till att granska några exempel på aktiebolagsrättsliga omstruktureringar som kan bli resultatet en långtgående integrering av kontrollen i en koncern. Vi skall alltså i detta avsnitt granska de koncerninterna besluten.

I detta avsnitt skall definitioner ges av några frekvent förekommande typer av transaktioner mellan koncernbolag. Avsikten är här enbart att ge en inblick i hur dessa transaktioner fungerar och ser ut. Rättsföljderna av och gränserna för genomförandet av dessa transaktioner kommer dock inte att behandlas i sin fulla utsträckning här. Ofta framställs dessa tämligen schablonmässigt som vederlagsfria.³⁹⁴ För att inte hamna i sådana generaliseringar här kommer inte transaktionernas förhållande till reglerna om vinstutdelning i 12 kap ABL att behandlas i detta avsnitt. Ett av huvudsyftena med uppsatsen är nämligen att granska om inte ett överordnat ”koncernintresse” ofta läker skenbar vederlagsfrihet i transaktioner mellan koncernbolag. Detta förhållande kommer därför att behandlas separat i avsnitt V.7.2. Huruvida ett sådant koncernintresse även får effekt inom återvinningsreglerna i KL kommer att granskas i avsnitt V.7.3.

11 Koncernbidrag

Termen koncernbidrag kommer ursprungligen från skatterätten.³⁹⁵ Reglerna i detta avseende framgår av 35 kap. IL. Vi har redan i avsnitt II.4.6 ovan fastställts att skatterätten i detta hänseende uppställer ett särskilt skatterättsligt koncernbegrepp. Detta innehåller ett krav på innehav av 90% av andelarna i ett aktiebolag. Först om detta är fallet kan vi anse det ägande bolaget som moderbolag enligt 35:2 1 st. IL. Därmed kan, normalt, moder- och dotterbolag föra medel sinsemellan med rätt för utgivaren att dra av detta och för mottagaren att ta upp detta som inkomst (35:3).³⁹⁶ Även mellan dotterbolag som ägs av samma moder med 90% av andelarna kan normalt föras koncernbidrag på motsvarande sätt (35:4). Koncernbidragen tillåts även ”rulla” mellan t.ex. dotterdotterbolag och moderbolag via ett dotterbolag om förutsättningarna för koncernbidrag uppfylls i det förmedlande bolaget (35:6).

Vad innebär då termen koncernbidrag. Skatterättsligt kan koncernbidraget motsvaras av en prestation från mottagaren eller vara mer eller mindre vederlagsfritt.³⁹⁷ Frågan om koncernbidragets aktiebolagsrättsliga relevans har uppkommit p.g.a. näringslivets omfattande bruk av instrumentet i skatterättsligt hänseende. Aktiebolagsrättslig reglering saknas för dessa transaktioner men klart är att ett sådant bidrag, så som delvis vederlagsfri utbetalning från aktiebolag, ofta måste granskas enligt 12 kap ABL.³⁹⁸ Rodhe uttrycker saken så att koncernbidrag ”...inte, som man inom näringslivet ibland föreställer sig, [är] någon trollformel, som gör alla transaktioner mellan koncernföretag aktiebolagsrättsligt tillåtna.”³⁹⁹ Ett problem med koncernbidraget är att det

³⁹⁴ Ett exempel ur doktrinen kan vara följande inledning till problematiken: ”En särskild typ av vederlagsfritt förfogande ...utgör det s.k. koncernbidraget.” Se Andersson (1) s. 479ö.

³⁹⁵ Se Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 87x.

³⁹⁶ Denna möjlighet gäller inte för t.ex. privatbostadsföretag, investmentföretag eller förvaltningsföretag, 35:3 1 p. Vidare måste dotterbolaget ha varit ägt under ett helt beskattningsår om det inte startades inom koncernen (och moderbolaget då alltså ägde 90% av andelarna), 35:3 3 p. Dessutom måste både moder- och dotterbolag vara svenskt både enligt inhemsk rätt (35:2) och enligt skatteavtal (35:3 4p). En förutsättning för koncernbidragsrätt är att detta redovisas öppet, (35:3 2 p).

³⁹⁷ Se Posselius, Grosskopf, Gometz, Huldén s. 42x. Här dras slutsatsen att koncernbidrag som utgör driftskostnader i det bidragsgivande bolaget enligt 20 § KL ej kan strida mot utdelningsreglerna i 12 kap ABL.

³⁹⁸ Se Andersson (2) s. 73y, Müllern s. 36 h n, 37 v ö. Undantaget från bedömning enligt 12 kap ABL anses normalt koncernbidrag, från moderbolag till dotterbolag, enligt värdeökningsteorin, vara (nedan avsnitt V.7.2.2.2.2) Se Lindskog JT 92-93 s. 92 not 37, SOU 1997:168 s. 81m. Koncernbidrag från dotter- till moderbolag och mellan dotterbolag skall behandlas i avsnitt V7.2.2.3.2 och V.7.2.2.4.2.

³⁹⁹ Se Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 87m. Vår parentes.

normalt dels utbetalas under löpande räkenskapsår, dels beslutas av styrelsen och inte av bolagsstämman (vilket ju annars är ett krav vid utdelning enligt 12:3 ABL).⁴⁰⁰ Ofta anförs som argument, för att koncernbidrag trots detta, kan godtas, rättsfallet NJA 1995 s. 742 där HD, i ett obiter dictum, uttalar att det torde "...kunna konstateras att förfarandet med bidragen har ansetts böra godtas..."⁴⁰¹.

Koncernbidrag är en i praktiken mycket vanligt förekommande företeelse. Normalt sett redovisas detta som extraordinära poster i koncernbolagen (intäkt eller kostnad beroende på om det mottagits eller givits) eller som bokslutsdispositioner.⁴⁰²

Koncernbidrag som transaktion sker normalt genom ett beslut av styrelsen ofta på räkenskapsårets sista dag. Åtgärden sker alltså ofta rent bokföringsmässigt (för att de skattemässiga effekterna skall inträda).⁴⁰³

12 Koncernlån

12:7 ABL stadgar ett strängt låneförbud för aktiebolags utlåning av pengar till aktieägare och dem närtstående. Stadgandet gäller även ställande av säkerhet för dessa personer (6 st.). Precis som reglerna i 12:2 anses låneförbudet vara motiverat av hänsyn till borgenärernas intressen.⁴⁰⁴ Det skall också påpekas att 12:7 har fiskala motiv och av denna anledning inte enbart är tvingande utan även straffsanktionerad enligt 19:1.⁴⁰⁵

För koncernbolags utlåningsmöjlighet har förbudet dock liten betydelse. Visserligen utvidgar 1 st. närståendekretsen, vad gäller lån till styrelseledamot eller verkställande direktör, att även omfatta sådana befattningshavare inom samma koncern. Men regeln hindrar inte att koncernbolagen kan låna ut medel mellan varandra. I 2 st. 2 p. stadgas nämligen ett uttryckligt undantag för sådan utlåning. Sådant lån eller ställande av säkerhet är alltså tillåtet i sig enligt 12:7 men transaktionen kan stå i strid med utdelningsreglerna i 12:2.⁴⁰⁶

Det främsta motivet till undantaget för koncerners del är att bolagen här ofta har en så betydande intressegemenskap att det är svårt att upprätthålla ett strikt låneförbud.⁴⁰⁷

13 Borgen och tredjemanspant

Säret för rättshandlingarna borgen och ställande av tredjemanspant är att de avser säkerställande av annan gäldenärs förpliktelse. Borgensåtagande innebär en obegränsad ansvarighet för förpliktelsen medan ställande av tredjemanspant medför ansvar inom pantens värde.⁴⁰⁸ Vi har alltså en utställare, en gäldenär och dessutom en borgenär som lånar pengar till gäldenären med säkerhet i panten eller borgen som utges från utställaren.

Som nämnts ovan i avsnitt IV.3 finns ett undantag i 12:7 2 st. 2 p. för utställande av säkerheter mellan koncernbolag. Detta medför att här aktuella rättshandlingar inte kan klandras enligt detta stadgande. Detta har medfört att det är frekvent förekommande att t.ex. moderbolag ställer en borgen till bank som avser låna ut medel till ett dotterbolag i koncernen.

Från praktiska livet kan nämnas situationen i Consafe-koncernen. Moderbolaget (Consafe AB) hade vid konkursen skulder på sammanlagt 1 150 milj. kr.⁴⁰⁹ I koncernens verksamhet hade emellertid betydande

⁴⁰⁰ Se Wennerstrand, Balans 10/84 s. 51hy, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 87m, Andersson (1) s. 585n, Posselius, Grosskopf, Gometz, Huldén s. 43x, SOU 1997:168 s. 81y.

⁴⁰¹ HD:s uttalande avser främst godtagande av att bidraget ofta utges löpande under året. Att detta tillåts är dock en förutsättning för koncernbidragets praktikabilitet.

⁴⁰² Se Rodhe, Johansson, Balans 1/78 s. 32 m y, Kedner, Roos, Skog II s 104y, Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 87y.

⁴⁰³ Se SOU 1997:168 s. 81y, Andersson (2) s. 73y. Det kan påpekas att bidrag ibland lämnas under löpande räkenskapsår som ett koncernlån som senare omvandlas till ett koncernbidrag. Se SOU 1997:168 s. 81y. Se närmare om koncernlån i nästa avsnitt.

⁴⁰⁴ Se Prop. 1975:103 s. 99x, Andersson (2) s. 105m, Rodhe, Aktiebolagsrätt s. 109ö.

⁴⁰⁵ Se Andersson (2) s. 105x, Lindskog s. 153x. Det var tidigare vanligt att ägare till aktiebolag lånade medel av aktiebolaget för att finansiera sin privata konsumtion. På så vis kunde beskattning skjutas upp.

⁴⁰⁶ Se Andersson (2) s. 106y.

⁴⁰⁷ Se Lindskog s. 166y. Ett annat motiv är att de fiskala avvägningarna inte är av samma aktualitet här.

⁴⁰⁸ Se Walin (2) s. 308m.

⁴⁰⁹ Se TT Nyhetsbanken, 1985-11-05, Consafe.

borgensåtaganden givits från moderbolagets sida för lån till dotterbolagens verksamheter. Dessa uppgick till sammanlagt 3 200 milj. kr.

Ett särskilt problem då dessa rättshandlingar företas inom koncerner är emellertid huruvida ett bolag kan tillåtas ingå en sådan förpliktelse av andra skäl. Det finns två perspektiv att ta hänsyn till i detta avseende. Det ena ur aktieägarnas och det andra ur borgenärernas synvinkel. Inom doktrinen ifrågasätts, ur aktieägarnas synvinkel, om inte utställande av borgen och tredjemanspant ofta skall anses strida mot bolagets verksamhetssyfte att generera vinst (12:1 2 st. ABL).⁴¹⁰ Ur borgenärernas synpunkt kan ifrågasättas om inte dylik rättshandling skall betraktas som vederlagsfri och lovlighetsprövas enligt borgenärsskyddsregeln i 12:2 ABL som utdelning. Aspekter vid bedömningen enligt 12:2 skall ej behandlas i detta avsnitt (se avsnitt V.7.2.2 särskilt avsnitt V.7.2.2.3.3). Vad emellertid gäller den förra aspekten så är alltså individuell vinstgenerering aktiebolagets syfte. Strider inte ett säkerställande för annans förpliktelse mot detta syfte? Regeln skall skydda aktieägarnas intresse av avkastning. Av detta följer att dessa konkludent kan godta rättshandlingen genom att ingen klandrar ett sådant beslut.⁴¹¹ En transaktion som strider mot 12:1 2 st. kan alltså tänkas godtas av samtliga aktieägare.

Även om aktieägarna kan godta rättshandlingen kvarstår emellertid frågan om syftet i 12:1 2 st. de facto kränks, d.v.s. kan aktieägarna klandra rättshandlingen? Inom koncerner har i doktrinen framförts att stöd av allmänt slag i form av borgen eller tredjemanspant till annat concernbolag kan accepteras om den verksamhet som bedrivs här kommer det bolag som ställt panten till del.⁴¹² Nial menar att "...intressegemenskapen mellan concernbolagen..." ofta medför att syftet med verksamheten inte kränks genom säkerställandet.⁴¹³ Att moderbolaget ställer borgen eller tredjemanspant till dotterbolag strider i normalfallet inte mot verksamhetens syfte.⁴¹⁴ Detta gäller även när detta istället sker av helägda dotterbolag. Eftersom dotterbolaget är helägt godtas ju transaktionen av enda aktieägaren, d.v.s. moderbolaget och är därmed giltig.⁴¹⁵ Detsamma gäller om säkerställandet sker mellan helägda systerbolag.⁴¹⁶ Det skall här understrykas att vi här inte bedömt borgen eller panten enligt borgenärsskyddsreglerna i 12 kap ABL. Huruvida rättshandlingen faller under dessa regler skall som sagt behandlas i avsnitt V.7.2.2.

14 Borgenliknande åtaganden mellan concernbolag

I avsnitt II.3 har vi nämnt möjligheten att kontrollera en omfattande verksamhet med liten kapitalinsats som ett skäl till att concernbildningar uppkommer. En effekt av att detta ofta är fallet är att behovet av främmande kapital inom concernen inte kan täckas enbart genom att moderbolaget lånar upp kapital med egna säkerheter. Behov finns av att dotterbolagen skall bedriva egen upplåning. I denna situation önskar ofta borgenären även en säkerhet hos moderbolaget just för att undvika att enbart inneha anspråk hos en separat juridisk person. Vi har ovan redan nämnt att borgensförbindelser kan förekomma hos moderbolaget för dotterbolagens skulder. I näringslivet har emellertid en annan form av åtagande uppkommit: Moderbolaget utger s.k. stödbrev. Vi rör oss här med ett instrument som "...utan att innefatta något uttryckligt borgensåtagande ger uttryck för i vart fall en medvetenhet från moderbolagets sida om den ifrågavarande krediten till dotterbolaget och dessutom, beroende på de formuleringar som kommer till användning, kan innehålla en mer eller mindre markerad avsikt att vid

⁴¹⁰ Vi vill påpeka att resonemang kring 12:1 2 st här synes något förfelat. Tar vi fallet att ett dotterbolag säkerställer moderbolags skuld kränks aldrig vinstsyftet i dotterbolaget. Dotterbolaget bereder ju aktieägaren vinst. Se avsnitt II.2.3. Inte heller moderbolagets säkerställande av dotterbolags skuld kan strida mot vinstsyftet, ty här gäller antagligen värdeökningsteorin.

⁴¹¹ Se Lindskog s. 12m.

⁴¹² Se Walin (2) s. 101x, (jfr. angående tredjemanspant s. 311ö), jfr. även Lindskog s. 47 not 53n.

⁴¹³ Se Walin (2) s. 101m.

⁴¹⁴ Se Walin (2) s. 101y.

⁴¹⁵ Som påpekats i avsnitt II.2.3 anses ju 12:1 2st uppställd i aktieägarnas intresse.(Se dock vår diskussion om detta i avsnitt II.2.3 not 18 ovan). Godtar aktieägarna avvikelse läks regelbrottet. Av detta följer att problem kan uppstå ett icke helägt dotterbolag så snart en ägare anser att säkerställandet var olämpligt.

⁴¹⁶ Se Walin (2) s. 102m.

behov stödja dotterbolaget under kredittiden.”⁴¹⁷ Vad är då skälet till detta? Målsättningen med dessa instrument är främst att någon ansvarsförbindelse inte behöver redovisas i moderbolagets balansräkning.⁴¹⁸ Dessutom kan det även vara förmånligt att viss oklarhet får råda kring det rent juridiska ansvaret som stödbrevet medför.⁴¹⁹

Ett stödbrev kan vara utformat på oändligt många olika sätt. Det kan t.ex. uttala en utfästelse om bibehållen ägarandel i dotterbolaget, garanti om att moderbolaget inte skall pantsätta dotterbolagets aktier eller att moderbolaget har förtroende för dotterbolagets ledning.⁴²⁰

Frågan är då när moderbolaget kan anses ha utgivit ett juridiskt bindande åtagande gentemot dotterbolags borgenärer? HD har härvid uttalat att någon generell juridisk förpliktelse inte kan anses uppkomma på grund av olika typer av stödbrev. Tvister i detta avseende får istället ”...lösas enligt vanliga principer för avtalstolkning, varvid inte bara olika nyanser i förklaringens lydelse utan också omständigheterna vid dess tillkomst och vad som kan uttrönas om parternas avsikter kan få betydelse.”⁴²¹ Att generellt tala om en bundenhet eller obundenhet för utgivaren av ett sådant stödbrev låter sig alltså inte genomföras.

I NJA 1994 s. 204 hade moderbolag utgivit ett stödbrev med innebörden att detta bolag även i framtiden avsåg att stödja dotterbolaget om det skulle bli nödvändigt. Detta ansågs av HD inte bindande enbart p.g.a. sin lydelse. I målet var emellertid omständigheterna sådana att brevet utställdes till en leverantör. Denne levererade strax innan dotterbolagets konkurs och ansågs ha haft stoppningsrätt. P.g.a. detta ansågs moderbolaget, enligt brevet, ha varit skyldigt att underrätta leverantören om dotterbolagets prekära situation. Då så inte skett blev moderbolaget ersättningskyldigt för leverantörens skada (d.v.s. leveransens värde).

I NJA 1995 s. 586 gick HD ännu längre och fastställde ansvar hos ett moderbolag för dotterbolags belåning till följd av ett stödbrev med följande lydelse: ”It is our intention to see that the borrower complies with all of the terms and conditions and to honour all of their respective obligations under the loan agreement.”⁴²² Banken hade krävt ett bindande åtagande och HD ansåg att ett sådant innefattades i stödbrevets lydelse.

Vi kan emellertid fastställa att stödbrev som till sin lydelse står mycket nära borgensåtagandet möjligen kan medföra bundenhet redan p.g.a. sin lydelse. Detta torde emellertid gälla enbart om andra omständigheter inte talar mot sådan bundenhet (jfr. NJA 1995 s. 586).

Frågan är då om ett bindande stödbrev skall behandlas enligt borgensreglerna? Ingvarsson menar att detta nog i normalfallet bör ske. Förbindelsen är accessorisk med huvudfordran och inträder först när gäldenären inte kan prestera.⁴²³ Ett problem som Ingvarsson emellertid framhäver är att en behandling såsom borgen i vissa fall kan ifrågasättas. Detta kan gälla om koncernen har en mycket integrerad organisation med t.ex. centraliserat betalningssystem. Det kan då bli ”...svårt att avgöra var moderbolaget slutar och dotterbolaget börjar.”⁴²⁴ Det kan här bli svårt att tala om moderbolagets inträde i ett främmande rättsförhållande (intercession).⁴²⁵ Självständigt betalningsansvar kan här enligt Ingvarsson möjligen ifrågasättas i enlighet med NJA 1982 s. 244.⁴²⁶ Situationen ligger här nära gränsen för ansvarsgenombrott som vi skall återkomma till nedan i avsnitt V.5.2.

⁴¹⁷ Se NJA 1995 s. 586 (s. 599m).

⁴¹⁸ Se Ingvarsson s. 95y, Rodhe, Balans 10/84 s. 17 My. I 5:11 ÅRL anges enbart att ”säkerheter” d.v.s. formenliga sådana (t.ex. pant) skall tas upp i balansräkningen. I 2 st. anges vidare att både säkerheter och ansvarsförbindelser mellan koncernföretag skall uppges. Som ansvarsförbindelse anses emellertid endast formenliga ”...borgensförbindelser...” enligt FAR. Se FAR: Om årsredovisning i aktiebolag (vägledning), FAR:s samlingsvolym s. 678y, 707n f.

⁴¹⁹ Se Ingvarsson s. 95y, Rodhe, Balans 10/84 s. 17 My.

⁴²⁰ Se Ingvarsson s. 94m. Rodhe upptar hela elva exempel på utformningar. Se Rodhe, Balans 10/84 s. 16 Vy f.

⁴²¹ Se NJA 1992 s. 375 (s. 401x). I målet avgjordes inte tvisten genom sådan avtalstolkning. Ansvar kunde nämligen uteslutas på formella grunder. I NJA 1994 s. 204 och NJA 1995 s. 586 bekräftas dock HD:s obiter dictum i 1992- års fall genom konkreta avtalsbedömningar.

⁴²² Se NJA 1995 s. 586 (s. 587y).

⁴²³ Se Ingvarsson s. 113y.

⁴²⁴ Se Ingvarsson s. 112x.

⁴²⁵ Se Ingvarsson s. 112y.

⁴²⁶ Se avsnitt V.5.2.3.2.

V KONCERNTÄNKANDET VID EKONOMISK KRIS

15 Inledning

Vi har i avdelning III ovan om kontrollen och ansvaret inom koncernen sett att moderbolaget som ägare av aktierna i dotterbolagen har ett behov av att kontrollera dessa precis som vid ägande av andra tillgångar. Det förhållandet att ägandet här omfattar en separat juridisk person medför emellertid, som vi sett, betydande begränsningar för hur långtgående sådan kontroll som kan uppnås. *Vi har genom att ingående analysera de olika strategier som växt fram inom corporate governance för koncernförhållanden sett att någon fullständig kontroll för moderbolaget faktiskt inte kan uppnås. Genom upprättande av olika typer av dubbla lojaliteter kan emellertid denna brist, i alla fall delvis, överbryggas.* Även om dotterbolagens ledningar fortfarande har en lojalitetsplikt gentemot det egna bolaget kan gränserna för denna förskjutas något genom insikt och deltagande i hela koncernens angelägenheter. Vissa garantier för koncernlojalitet i dotterbolagens beslutsprocess uppnås härigenom. Detta trots att det formella ansvaret för besluten ofta ytterst ligger kvar hos dotterbolagens ledningsorgan.

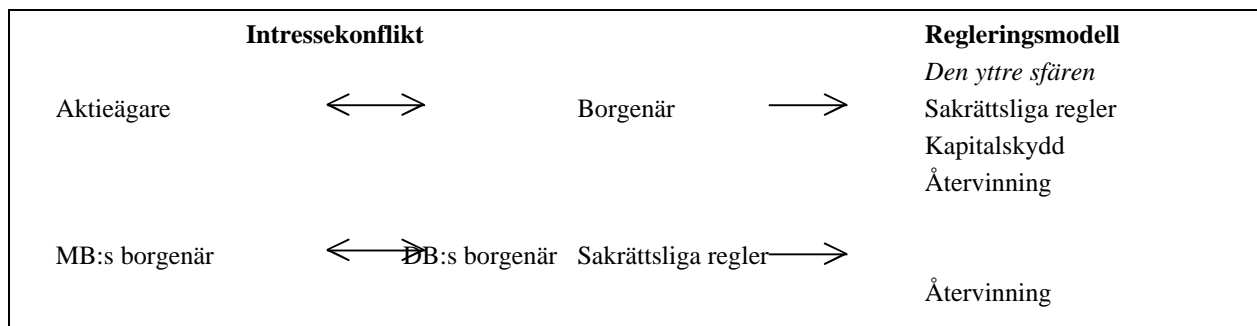
Detta gäller alltså vid utformningen av förutsättningarna för en koncernlojalitet i ledningsorganens beslutsfattande. *I avdelning IV har vi närmare analyserat vanliga resultat av denna integrering mellan koncernbolagen i form av olika typer av koncerninterna transaktioner.*

Vad vi nu skall granska är vilka effekter möjligheterna för moderbolaget att genomdriva en utpräglad kontroll och koncernlojalitet samt åstadkomma olika typer av koncerninterna transaktioner har när en ekonomisk krissituation inträder hos koncernbolag. De huvudfrågor som vi här skall behandla är således:

- Uppstår det särskilda sakrättsliga problem vid koncerninterna transaktioner, hur ser dessa i så fall ut och medger gällande rätt några lösningar på problemen?
- Existerar det något utrymme för att beakta den särskilda situationen i koncernen och ett särskilt koncernintresse mellan koncernbolag inom ramen för bedömning av transaktioner i ABL och KL och vilka effekter har ett sådana hänsyn på intressebalansen mellan aktieägare och borgenärer?

16 Intressekonflikterna inom den yttre sfären

För att kunna analysera de två huvudfrågorna ovan är det viktigt att vi definierar de grundläggande intressekonflikter som blir av betydelse när obestånd inträder inom ett koncernbolag. Dessa kan sammanfattas i följande skiss:



I det följande skall vi, utifrån de frågeställningar vi uppställt ovan, analysera de olika regleringsmodellerna för de två intressekonflikterna i skissen. Vi kommer att disponera denna analys så att vi inleder med att redogöra för grunderna och ge en inblick i de kapitalskyddande reglerna. Därefter övergår vi till att analysera de sakrättsliga aspekterna vid koncerninterna transaktioner. Vi skall sedan närmare analysera konkursbos återkravsmöjligheter i koncernbolagskonkurser. Här kommer analysen att inriktas på att granska samspelet mellan 12 kap. ABL och 4 kap. KL samt möjligheterna att beakta ett koncernintresse vid bedömningar av transaktioners vederlagsfrihet enligt dessa regler.

17 Kapitalskyddet i 12 kap. ABL

17.1 Inledning

Det kapitalskydd som gäller för enskilda bolag och som återfinns i 12 kap. ABL gäller som utgångspunkt även i koncernsammanhang. I detta avsnitt blir därför vår ambition att ge en koncentrerad bild av regelverket för kapitalskyddet och för de särskilda koncernregler som faktiskt införts. Syftet med kapitlet är att vi skall erhålla en argumentationsgrund för den vidare undersökningen av de sakrättsliga implikationerna vid koncerninterna transaktioner (avsnitt V.4) och konkursbos återkravsmöjligheter vid sådana (avsnitt V.5, V.6, V.7).

17.2 Kapitalskyddet i 12 kap. ABL

17.2.1 Kapitalskyddet som syfte

Vi har redan i avsnitt III.3.1.2 konstaterat att regleringen i ABL delvis är tvingande, delvis möjlig att åsidosätta med samtliga aktieägares samtycke (SAS-principen). Vilket som är fallet avgörs av de skyddsintressens regeln avser att skydda. SAS-principen gäller när viss regel avser att skydda aktieägarintresset (minoritetsintresset). Avser en regel däremot att skydda andra intressenter, t.ex. borgenärer eller annan tredje man, är denna tvingande. Av detta följer också att borgenärerna enligt normskyddsläran kan åberopa brott mot just sistnämnda regler.⁴²⁷

Syftet med reglerna i 12 kap. ABL är att åstadkomma en trygghet hos de olika intressenterna till aktiebolaget såtillvida att det här föreskrivs regler för hur bolagsförmögenheten får användas.

För *aktieägarnas del* består skyddet främst i en rätt till avkastning på investerat kapital och garanterat inflytande i vinstutdelningsfrågor.⁴²⁸ Reglerna i 12:3, om beslutsformer för vinstutdelning och regeln i 12:1 2 st. ABL, om aktiebolagets vinstsyfte, har alltså till ändamål att skydda aktieägarna i bolaget och alltså är dessa regler inte absolut tvingande utan kan åsidosättas enligt SAS-principen.⁴²⁹

I *den borgenärsskyddande aspekten* ligger främst en garanti för att visst kapital alltid skall kvarstå i bolaget.⁴³⁰ Som vi fastställt i avdelning II ovan måste friheten från personligt ansvar för ägarna bygga på en jämviktstanke. Aktieägarna tillskjuter kapital och regleringen i ABL förhindrar att bolagets tillgångar förs ut ur bolaget genom att inskränka ägarnas möjligheter att använda detta. Borgenärerna erhåller härigenom en slags *aktiebolagsrättslig säkerhetsrätt*.⁴³¹ Av detta förstår vi att t.ex. 12:2, 12:4 och 12:5 är absolut tvingande regler. Inskränkningarna i kapitalanvändandet består således bl.a. i regler för huruvida återbetalning får ske till aktieägare, d.v.s. regler som begränsar möjligheterna till vinstutdelning.⁴³² Det är dessa regler som vi skall granska i det följande. Vid konkurs hos ett koncernbolag är det nämligen viktigt att hålla dessa regler i åtanke. De kan nämligen vara avgörande för hur den sakrättsliga bedömningen av koncerninterna transaktioner sker. En otillåten vinstutdelning från ett konkursdrabbat koncernbolag medför dessutom, som vi skall se, ogiltighet och kan därför innebära en återkravsmöjlighet för konkursboet. Å andra sidan kan en olovlig vinstutdelning från ett friskt koncernbolag till ett koncernbolag som senare försätts i konkurs eventuellt grunda separationsrätt för det utdelande, friska, bolaget. I detta avsnitt skall vi därför börja med att titta närmre på utdelningsreglerna i 12 kap för att återkomma till spörsmål om sakrättsliga aspekter samt återkravs rätt och ev. separationsrätt p.g.a. ogiltiga överföringar senare (se vidare avsnitten V.5.1 och V.5.1.5 nedan)

⁴²⁷ Se om normskyddsläran i Dotevall s. 176x f., Bill W Dufwa Skyddat intresse, ren förmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv i Festskrift till Sveriges advokatsamfund s. 174n ff.

⁴²⁸ Se Andersson (1) s. 146x f. Det första intresset garanteras av 12:1 2 st och det senare av 12:3.

⁴²⁹ Se Andersson (1) s. 146m och 147x, Andersson 2 s. 15x, SOU 1997:168 s. 66x.

⁴³⁰ Se Andersson (1) s. 134x, Lindskog JT 92/93 s. 84 x, SOU 1997:168 s. 66x.

⁴³¹ Det skall påpekas att denna säkerhet även består i regler om bl.a. kapitalets tillskjutande (2 kap ABL) (upprättandet av säkerheten) och nedsättning av aktiekapitalet (6 kap) (justeringar av säkerheten)

⁴³² Regler om återbetalning till aktieägare finns även i 6 kap (nedsättning av aktiekapitalet) och i 13 kap (återbetalning vid likvidation). Vi behandlar enbart 12 kap.

Närmare om bedömningen av enskilda transaktioner inom koncernen och korrigeringar av vad som kan anses som vinstutdelning när ett eventuellt koncernintresse vägs in skall vi se närmare på i avsnitt V.7.2.

17.2.2 Vinstutdelning

17.2.2.1 Allmän definition

17.2.2.1.1 Öppen eller förtäckt vinstutdelning?

Vad som utgör vinstutdelning kan tyckas enkelt att definiera. Så är emellertid inte fallet i praktiken. I 12:1 1 st. ABL anges att utbetalning får ske till aktieägare genom vinstutdelning om reglerna härför i 12 kap. följs. I övrigt ger ABL inga ledtrådar om vad utdelning är.⁴³³ Motiven anger endast att, inte bara penningöverföringar, utan även saköverföringar omfattas.⁴³⁴ Begreppet vinstutdelning blir härigenom enbart vagt definierat.

Problemet ligger däri att man i det praktiska livet, kanske särskilt inom koncerner, använder ett stort antal överföringssätt som till sin karaktär utgör vinstutdelningar men som inte beslutas enligt de regler som föreskrivs i 12:3 ABL. Några exempel är, försäljning till låga värden, borgensåtaganden, pant ställd för tredje man, koncernbidrag etc.⁴³⁵ Sådana förfaranden finns det i sig inte mycket att invända mot så länge aktieägare inte klandrar detta. Frågan är emellertid om vinstutdelning i lagens mening föreligger? Man brukar här ofta tala om förtäckta utdelningar *i den mån utdelning kan anses föreligga*.⁴³⁶

Vad karaktäriserar då en utdelning? Klart är att enbart ett åsidosättande av de formella beslutsreglerna i 12:3 naturligtvis inte kan medföra att utdelning i lagens mening inte föreligger. Att dessa regler kan åsidosättas beror ju på att de enbart anses skydda aktieägarna (minoriteten) i bolaget.⁴³⁷ Istället anses det allmänt i doktrinen att vi vid sådana transaktioner skall pröva huruvida 12 kap. ABL är analogt tillämpligt.⁴³⁸

⁴³³ Se SOU 1997:168 s. 66y där lagtexten kritiserar för att inte tydligt ange att det skall röra sig om en värdeöverföring från bolaget.

⁴³⁴ Se Prop. 1975:103 s. 475y.

⁴³⁵ Se vidare angående olika transaktioner i koncerner avsnitt 3. Jfr. t.ex. NJA 1956 s. 1, NJA 1980 s. 311, NJA 1990 s. 343. Se. Lindskog s. 45ö ff, Folkesson s. 63y f.

⁴³⁶ Se Andersson (2) s. 65y f., Kedner, Roos, Skog I s. 102y f.

⁴³⁷ Se Lindskog JT 92/93 s. 89y.

⁴³⁸ Se Lindskog JT 92/93 s. 90x, Andersson 1 s. 392ö. Att någon direkt tillämpning inte kan ske synes bero på att förarbetena inte uttalar vad som skall gälla i dessa situationer.

17.2.2.1.2 När föreligger en förtäckt utdelning

Karaktäristiskt för förtäckta utdelningar är alltså att de har drag av andra avtalstyper trots att det i själva verket ändå utgör en utdelning. Frågan är då hur vi skall kunna skilja normala avtalssituationer från situationer när det är befogat att tillämpa 12 kap. ABL?

I *objektivt* hänseende blir härvid det väsentliga huruvida ett värdefrånhändande kan anses ha skett från bolaget.⁴³⁹ Frågan blir alltså om bolaget frånhänds tillgångar utan att erhålla en korresponderande prestation härför. Är så fallet kan vi givetvis anse transaktionen som helt eller delvis vederlagsfri.⁴⁴⁰

Det objektiva kravet på vederlagsfrihet kompletteras emellertid av ett *subjektivt* rekvisit. Vad gäller kravet i subjektivt hänseende är emellertid rättsläget osäkert. Klart är att det måste finnas utrymme för att göra dåliga affärer och ta affärsmässiga risker i verksamheten.⁴⁴¹ Sådan vidd i bedömningen talar t.ex. bolagsorganans uppdrag för (som vi sett i analysen härav i avsnitt III.3.3.2). Det vore inte rimligt om ett bolag kan frånträda avtal så snart de innebär en förlust. Det räcker sålunda inte att vi prövar om vederlagsfrihet föreligger.

Erkänns ett sådant krav på subjektivt rekvisit praxis på området? I NJA 1951 s. 6 I och II och NJA 1976 s. 618 skedde bedömningen av vederlagsfrihet ske helt objektivt. I NJA 1980 s. 311 sker dock en viss utveckling av bedömningen i denna del. HD avsåg här att granska förutsättningarna för att försträckningar till aktieköpare skall kunna anses utgöra vinstutdelning. Efter en hänvisning till tidigare praxis fastställdes att "... (e)n förutsättning [härför] har ansetts vara att den fordran mot aktieägaren som bolaget förvärvat på återbetalning av det lånade beloppet framstått som osäker på grund av låntagarens insolvens samt att *borgenären insett eller bort inse att så var fallet*".⁴⁴² Målets implikationer skall inte överdrivas. Det som kan utsägas av denna formulering är enbart att, för det fall att försträckning skett, skall vi även vidta en subjektiv bedömning av borgenärens insikt om låntagarens insolvens. Det ligger väl emellertid nära till hands att analogt påstå att HD här inför en generell subjektiv bedömning. Det är väl en fin skillnad mellan att fastställa krav på ond tro hos borgenär om att värdeöverföring sannolikt kommer ske p.g.a. låntagares insolvens och ett krav på t.ex. ett medvetet icke kommersiellt syfte vid överlåtelse. Så tolkas emellertid inte målet av alla i doktrinen. Andersson menar att detta är en orimlig tolkning och att HD, i den subjektiva delen, i själva verket bedömt återbäringsskyldigheten. Detta bygger han dels på resonemangets rent språkliga utformning dels på att HD ej kan ha haft för avsikt att modifiera tidigare praxis (d.v.s. NJA 1951 s. 6 I och II samt NJA 1976 s. 618).⁴⁴³

Att HD avsett att behandla återbäringsskyldigheten intolkar Andersson i HD:s bruk av ordet "en förutsättning" (se ovan). Vi kan inte se hur Andersson rent språkligt skulle kunna hänföra denna formulering till en bedömning av återbäringsskyldighet. Återbäringsskyldighet var f.ö. inget HD hade att ta ställning till i det aktuella målet.

I NJA 1990 s. 343 håller HD emellertid till synes fast vid beaktandet av ond tro hos borgenären i en försträckningssituation. Även i detta mål anser emellertid Andersson att det är återbäringsskyldigheten som bedöms i den subjektiva prövningen.

Andersson anför, även här, som stöd för sin tolkning, domskälens språkliga utformning.⁴⁴⁴ Han menar att HD, tidigare i domskälen, fastställt att det räcker med en objektiv värdediskrepans då det uttalas att "...lån...anses utgöra förtäckt vinstutdelning, om...återbetalning inte kan påräknas".⁴⁴⁵ När HD sedan fastställer det subjektiva rekvisitet rör detta återbäringsfrågan. Vi vill dock hävda att detta inte är en rimlig tolkning av HD. HD tar upp den aktuella passusen i inledningen av domen i och med att just de ekonomiska förhållandena hos låntagaren

⁴³⁹ Se Lindskog s. 41m, Andersson (2, kapitalskyddet i AB) s. 66m, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 103y.

⁴⁴⁰ Se Andersson (1) s. 405m, efter redogörelse för den omfattande praxisen på området. Se även 411n f.

⁴⁴¹ Se Andersson (1) s. 407m.

⁴⁴² Se NJA 1980 s. 311 (s. 316x), vår kursiv.. Det skall påpekas att HD även i den konkreta bedömningen faktiskt gör en prövning i subjektivt hänseende och fastställer att borgenären "...måste ha haft full insikt..." om låntagarens ekonomiska ställning. Se rättsfallet s. 316m.

⁴⁴³ Se Andersson (1) s. 402m, 403n f.

⁴⁴⁴ Se Andersson (1) s. 404y f.

⁴⁴⁵ Se Andersson (1) s. 404y, NJA 1990 s. 343 (s. 348n).

skall granskas. Det är sålunda inte fråga om någon slutsats från HD:s sida. Slutsatsen kommer i slutet av domen och här brukas ett krav på ond tro för att fastställa att "...förtäckt utdelning..." anses föreligga.⁴⁴⁶

Således anses, inom doktrinen, stundom praxis inte ha tagit slutgiltig ställning till vad som eventuellt kan krävas i subjektivt hänseende vid bedömningen av förtäckta transaktioner.⁴⁴⁷ Vad anser då doktrinen om ett eventuellt krav på en kompletterande subjektiv bedömning?

Lindskog menar att det krävs uppsåt hos bolaget att gynna mottagaren för att förtäckt utdelning skall föreligga.⁴⁴⁸ Enbart rättshandlingar som vidtas med "...medvetet icke kommersiellt..." intresse skall omfattas.⁴⁴⁹ Andersson menar å andra sidan att bedömningen skall vara vidare än så och ta hänsyn till syftet bakom rättshandlingen som en del i en helhetsbedömning.⁴⁵⁰

Vad är det då för skillnad i sak mellan ovanstående ståndpunkter? Att tala om syfte och uppsåt eller avsikt är väl enbart olika uttryck för snarlika bedömningar! Granskar vi Anderssons argumentationslinje finner vi emellertid en viss skillnad. Inledningsvis fastställer han nämligen att vi efter den objektiva bedömningen av vederlagsfrihet skall se på "...vilket eller vilka syften avtalet eller eljest rättshandlingen fyller...".⁴⁵¹ Detta är nödvändigt för att inte 12 kap. skall omfatta t.ex. det fallet att ett bolag säljer egendom till låga priser i ett reklamsyfte.⁴⁵² Andersson menar emellertid att bedömningen av avtalets syfte "...måste besvaras på grundval av en *objektiv helhetsbedömning*, där man bl.a., får ta hänsyn till vilket eller vilka motiv som ligger bakom rättshandlingen, vad för slags rättshandling det är fråga om och huruvida den har något rimligt samband med bolagets...rörelse...".⁴⁵³ Det är i denna passus som vi kan se särdragen i Anderssons bedömning. Lindskog uppställer inte någon, på motsvarande sätt, "objektiverad subjektiv bedömning". För övrigt kan vi inte riktigt följa Anderssons resonemang. Vi kan väl i och för sig acceptera att en helhetsbedömning skall ske av transaktionen, men vi anser att Anderssons resonemang kring bedömningen av syftet med avtalet är mycket tvivelaktigt: Ty hur kan vi, annat än i bedömningen av värdediskrepansen, och möjligen avtalets karaktär, göra en objektiv bedömning av de motiv eller syften som ligger bakom avtalet. Antingen skall vi göra en objektiv bedömning där syftena inte vägs in alls eller en subjektiv bedömning där syften kan vägas in. Vi kan emellertid aldrig göra en objektiv bedömning av syftena. Detta tillåter sig inte göras. Med anledning av dessa brister i Anderssons resonemang är vi beredda att ansluta oss till Lindskogs subjektiva bedömning. Vi vill emellertid inte tala om uppsåt. Ett test måste göras av huruvida ond tro föreligger till att förmögenhetsöverföring är icke kommersiell. Först om så är fallet skall 12 kap. ABL tillämpas. Detta uttrycks ofta med att transaktionen inte varit affärsmässigt betingad eller inte haft kommersiellt syfte.⁴⁵⁴ En sådan tolkning synes också ligga i linje med rättsfallen NJA 1980 s. 311 och NJA 1990 s. 343.

Vad som föranleder Lindskog att tala om krav på "uppsåt" till värdefrånhandande synes oklart. Termen synes inte överensstämma med NJA 1980 s. 311 och NJA 1990 s. 343. Här fastslogs istället "insett eller bort inse" som det relevanta rekvisitet. Detta pekar väl snarare på ett ondroskrav. Vi ser inte större skäl till att använda uppsåt som term här än att använda det t.ex. vid bedömning av återbäringsskyldighet enligt 12:5 eller återvinning enligt 4 kap. KL. Här används uteslutande benämningen "ond tro" på rekvisitet "insett eller bort inse". Det är knappast brukligt att använda termen "uppsåt" utanför straffrätt och skadeståndsrätt. Vi väljer därför att använda "ond tro" som term på det subjektiva kravet.

17.2.2.1.3 Rekvisitet "aktieägare" och NJA 1997 s. 418

⁴⁴⁶ Se NJA 1990 s. 343 (s. 350n).

⁴⁴⁷ Se Andersson (1) s. 405x, Andersson (2) s. 66x.

⁴⁴⁸ Se Lindskog, SvJT 1992 s. 81n, jfr. Anderssons sammanfattning s. 67n f, Lindskog s. 41m.

⁴⁴⁹ Se Lindskog, SvJT 1992 s. 83n, 84ö.

⁴⁵⁰ Se Andersson (1) s. 67m. Det bör påpekas att Aktiebolagskommittén synes gå på Anderssons linje, SOU 1997:168 s. 67. Här anges en lång rad omständigheter att ta hänsyn till.

⁴⁵¹ Se Andersson (1) s. 418x.

⁴⁵² Se Andersson (1) s. 418ö.

⁴⁵³ Se Andersson (1) s. 418x.

⁴⁵⁴ Se NJA 1980 s. 311 (s. 316m), Andersson 2 s. 66m ff, SOU 1997:168 s. 66n f.

Inte enbart rättshandlingens karaktär avgör om vinstutdelning föreligger. I både 12:1 1 st. ABL och 12:2 1 st. ABL definieras vinstutdelning som transaktioner till *aktieägarna*. Inskränker sig utdelningsregleringen till denna begränsade krets eller kan analogi ifrågakomma även här? Genom rättsfallet NJA 1997 s. 418 får detta anses avgjort. Här anges inledningsvis att även utbetalning till aktieägares närstående omfattas.⁴⁵⁵ Därefter uppräknas personer som "...i ett nära sakligt sammanhang ... upphör att vara...eller blir aktieägare" samt personer med "...aktieliknande kopplingar..." till bolaget.⁴⁵⁶ I övrigt hänvisas till "...säkerheten i omsättningen och det praktiska ekonomiska livet..." för den närmare definitionen av reglernas omfattning.⁴⁵⁷ Borgenärsintresset får alltså vägas mot omsättningsintresset.

Vi vill påpeka att det i SOU 1997:168 föreslås att vinstutdelningsreglerna skall bli tillämpliga på tredje man oavsett dennes förhållande till aktiebolaget.⁴⁵⁸ Varken krav på aktieägarskap eller närståendeställning skall enligt utredningen krävas. Möjligen kommer alltså en ändring att ske i ABL i detta avseende.

17.2.2.1.4 Särskilda situationer i koncerner

Huruvida vinstutdelning föreligger är som ovan fastställt beroende av:

1. om värdefrånhandande skett,
2. om ett icke kommersiellt syfte finns att gynna mottagaren,
3. om mottagaren är aktieägare, likställd med sådan eller på annat sätt närstående.

Vi skall här nämna något om hur bedömningen av viss transaktions vederlagsfrihet varierar beroende på vilken relation bolagen i en koncern har till varandra. Den första typ av rättshandling som här skall nämnas är att *ett moderbolag för över värden till ett helägt dotterbolag*. Att detta inte är ett klart fall av utdelning framgår av att dotterbolaget inte är aktieägare i moderbolaget. Efter NJA 1997 s. 418 står emellertid klart att utdelningsreglerna är tillämpliga p.g.a. bolagens närståendeställning. Här uppfylls alltså kriterium 3 ovan. Naturligtvis måste dock ett värdefrånhandande ha skett (1 ovan). Doktrinen menar att sådant normalt inte sker i denna relation. När moderbolaget frånhandlar sig tillgångarna förs visserligen ett värde ut men detta kompenseras av att moderbolagets aktier i dotterbolaget ökar i värde i motsvarande mån.⁴⁵⁹ Detta i och med att just dotterbolaget tillförs tillgångar. Överföringen sker s.a.s. inom moderbolagets egen balansräkning. Vi kan kalla detta resonemang *värdeökningsteorin*. Denna anses gälla ända tills dotterbolaget uppvisar insufficiens (eller insolvens). Då sådant tillstånd inträder kommer nämligen tillgångsminskningen inte att stämma överens med värdeökningen i moderbolagets aktier. Man menar att överföringen i detta läge "...endast berikar dotterbolagets borgenärer..."⁴⁶⁰ Att notera i detta hänseende är dock att vi här enbart beaktat den objektiva sidan av situationen. Även om ett värdefrånhandande skett (1 ovan) och detta skett till aktieägare närstående (3 ovan) så krävs dessutom någon form av syfte att gynna (2 ovan). Detta syfte är nära kopplat till huruvida ett "koncernintresse" kan anses uppväga ett värdefrånhandande och behandlas i avsnitt V.7.2.

Om vi istället tänker oss den spegelvända situationen att ett *helägt dotterbolag vidtar motsvarande transaktion till moderbolaget* står klart att utdelningsreglerna kan tillämpas. Moderbolaget är ju aktieägare i dotterbolaget (1 ovan). I detta fall kommer värdefrånhandandet i dotterbolaget att motsvaras av en värdeökning i moderbolaget.

⁴⁵⁵ Andersson menar att hjälpregler för att fastställa när detta är fallet kan hämtas hos närståendereglererna i KL 4:3 och 12:7 ABL. Se Andersson (2) s. 59y.

⁴⁵⁶ Se rättsfallet s. 448y. Med aktieliknande koppling avses t.ex. person som gjort tillskott till bolaget. Andersson (2) s. 61m.

⁴⁵⁷ Se rättsfallet s. 448y. Kretsen synes omfatta personer som typiskt sett har en icke kommersiell intressegemenskap med aktieägarna.

⁴⁵⁸ Se SOU 1997:168 s. 36 (10 §).

⁴⁵⁹ Se Andersson (1) s. 480m, Andersson (2) s. 74x, Lindskog JT 92-93 s. 92 not 37, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123x. Wennerstrand, Balans 10/84 s. 53v m, Müllern s. 36h y f, Nerep s. 89m, 211y f., Kjell Johansson s. 30ö. Det skall dock påpekas att saken förändras om dotterbolaget inte är helägt. Då uppstår en partiell värdeöverföring från moderbolaget till minoritetsaktieägarna eftersom värdeökningen kommer även dem till del. Se Andersson (1) s. 481ö jfr. dock vår diskussion i avsnitt V.7.2.2.5.

⁴⁶⁰ Se Lindskog s. 49x, Lindskog JT 92-93 s. 92 not 37, Andersson (1) s. 481ö, Nerep s. 212y.

Detta kommer emellertid inte dotterbolaget till del.⁴⁶¹ Dotterbolaget minskar i värde. Därmed föreligger i strikt mening ett värdefrånhändande (2 ovan) och då återstår att pröva dels hur strikt denna bedömning skall vara, dels huruvida ett syfte att gynna finns (3 ovan) eller om ett ”koncernintresse” kan åberopas för att motivera rättshandlingen. För denna bedömning hänvisas till avsnitt V.7.2.

Hur ser då situationen ut om ett *dotterbolag beslutar att överföra tillgångar till en utomstående tredje man?* Effekten av detta blir att dotterbolaget, generellt uttryckt, minskar i värde. Detta kommer givetvis att drabba moderbolaget i koncernen genom att aktierna i dotterbolaget minskar i värde. Vi får en värdeminskning hos moderbolaget. Frågan är då om denna förändring kan tillmätas någon betydelse för lovlighetsprövningen enligt 12:2 ABL? Lindskog menar att detta så bör vara fallet.⁴⁶² Han anser att vi, vid detta förhållande, skall se värdeminskningen i moderbolaget som kapitalanvändning (utdelning) i moderbolaget. Lindskog menar nämligen att dotterbolaget aldrig kan genomföra dylika transaktioner utan moderbolagets godtagande.⁴⁶³ Har moderbolaget godtagit detta skall därför utdelning anses föreligga och har inte godtagande skett kan dotterbolagets transaktion angripas p.g.a. ogiltighet. En överföring till tredje man skall nämligen bedömas enligt 12:6 och här måste samtycke ges av aktieägarna (dotterbolagets bolagsstämma), d.v.s. moderbolaget, för det fall att gåvan är av mer omfattande karaktär.⁴⁶⁴ Lindskog menar därmed också att moderbolaget aldrig kan ge nödvändigt samtycke till en sådan transaktion om den värdeminskning i moderbolagets aktier i dotterbolaget, som överföringen medför, skulle stå i strid med 12:2 i moderbolaget.⁴⁶⁵ Har samtycke ändå givits ser Lindskog detta som verkningslöst och transaktionen som angripbar för moderbolagets borgenärer. Vi kan kalla denna teori för *värdeminskningsteorin*. Vi skall i avsnitt V.7.2.2.5 återkomma till detta spörsmål.

Den fjärde situationen som kan uppstå är *att värdeöverföring sker mellan systerbolag*. Bedömningen blir i stort identisk med när dotterbolaget för över värden till moderbolaget varför vi hänvisar till resonemanget ovan i denna del.

17.2.3 Skyddsregleringen i 12:2 ABL

17.2.3.1 Skyddsändamål och skyddssubjekt

När vi har nått så långt i bedömningen, av en rättshandling, att vi kan fastslå att utdelning föreligger skall lovligheten hos denna prövas enligt 12:2 ABL.⁴⁶⁶ Regeln innebär att utdelning aldrig får medföra brist i bolagets bundna egna kapital.⁴⁶⁷ Härigenom hindras att s.k. bolagsplundringar sker. Det bundna kapitalet skall, i borgenärernas intresse, kvarstanna i bolaget.⁴⁶⁸ Av detta förstår vi lätt att vi här finner kärnan i det vi kallar borgenärernas aktiebolagsrättsliga säkerhetsrätt. Regeln är också i enlighet härmed absolut tvingande.⁴⁶⁹ Stadgandet är uppdelat i en beloppsregel och en försiktighetsregel. Medan beloppsregeln mer eller mindre binärt friar eller faller så innebär bedömningen enligt försiktighetsregeln en skälighetsbedömning. De två bedömningarna växelverkar. Är utdelningen tillåten enligt beloppsregeln kan den alltså ändå vara olovlig enligt försiktighetsregeln.⁴⁷⁰

⁴⁶¹ Se Andersson (1) s 479n f.

⁴⁶² Se Lindskog s. 51ö f.

⁴⁶³ Se Lindskog s. 51ö.

⁴⁶⁴ Se Lindskog s. 51x.

⁴⁶⁵ Se Lindskog s. 51x.

⁴⁶⁶ Jfr. 12:1 1 st. som fastslår att utdelning skall ske i enlighet med 12 kap. Se. Prop. 1975:103 s. 475m.

⁴⁶⁷ Bundet eget kapital utgörs av: aktiekapital, reservfond, överkursfond, uppskrivningsfond och annan bunden fond. Se. Rodhe Aktiebolagsrätt s. 88y ff, Andersson (1) s. 197y ff.

⁴⁶⁸ Se Lindskog s. 54m, Andersson (1) s. 134x, Andersson (2) s. 31x.

⁴⁶⁹ Begreppsbildningen är inte enhetlig inom doktrinen. Andersson talar om ”absolut tvingande” när regel avser skydda borgenärer och om ”relativt tvingande” när regel skyddar aktieägarna (Andersson (2) s. 15x) medan Lindskog talar använder distinktionen tvingande/dispositiv (Lindskog s. 12m). I sak avses emellertid samma innebörd.

⁴⁷⁰ Det skall noteras att någon bedömning enligt försiktighetsregeln naturligtvis inte krävs om utdelningen är olovlig redan enligt beloppsregeln.

Innebörden av denna växelverkan är att 12:2 inte enbart avser att skydda bundet eget kapital i aktiebolaget. Därtill vill man garantera borgenärerna att bolaget inte töms på fritt eget kapital i sådan utsträckning att framtiden ter sig som oviss för bolaget.⁴⁷¹ Även bolagets ageranden inom det fria egna kapitalet kan i så fall angripas. Vi skall nedan i avsnitt V.3.2.3.3 återkomma till den närmare innebörden av försiktighetsregeln.

17.2.3.2 Beloppsregeln

En vinstutdelning får enligt 12:2 1 st. inte överskrida ett belopp motsvarande fritt eget kapital i bolaget. Härvid utgår vi från räkenskapsårets nettovinst med tillägg för balanserad vinst och fria fonder varefter avdrag sker för:

1. redovisad förlust,
2. belopp som skall föras till bundet eget kapital enligt lag eller bolagsordning,
3. belopp som har annat ändamål än utdelning enligt bolagsordningen.

I avsnitt V.3.2.2.1 har nämnts att kreativiteten är stor vad gäller rättshandlingar som i praktiken medför ett förtäckt värdefrånhändande från bolaget. Vi har även sett att dessa transaktioner kan utgöra utdelningar (s.k. förtäckt utdelning).⁴⁷² Men när ett bolag t.ex. säljer något till underpris uppstår problemet att fastställa hur stor utdelningen i själva verket är. Visst vederlag betalas ju av den mottagande aktieägaren. Skall vi härvid beakta värdediskrepansen upp till marknadsvärdet (bruttometod) eller bokfört värde (nettometod)? Numera anses det genom NJA 1995 s. 742 stå klart att sådan transaktion omfattas av 12:2 1 st. endast om vederlaget för tillgången understiger bokfört värde för den sålda tillgången.⁴⁷³ Att vederlaget understiger marknadsvärdet saknar således relevans så länge bokfört värde betalas. Härav följer att vinstutdelning står i strid med 12:2 1 st. endast om vederlaget från aktieägaren understiger bokfört värde så mycket att utdelningsbart belopp (d.v.s. tillgängligt fritt eget kapital) överskrids (nettometoden).

17.2.3.3 Försiktighetsregeln

I 12:2 2 st. 1 p. stadgas hänsynstagande till bolagets behov av konsolidering, likviditet och bolagets ställning i övrigt. En utdelning får m.h.t. dessa rekvisit inte stå i strid med god affärsed. Som tidigare nämnts är skälighetsresonemang avgörande i denna regel.⁴⁷⁴ Med konsolidering avses sannolikt bolagets soliditet och dess tillräcklighet får avgöras efter omständigheterna.⁴⁷⁵ Ledning får hämtas i t.ex. verksamhetens art, storlek och risk.⁴⁷⁶ Med likviditet avses att bolaget har tillräcklig löpande betalningsförmåga i förhållande till verksamheten.⁴⁷⁷ I motiven anges, som exempel på övriga omständigheter att ta hänsyn till, framträdande av svårigheter att få avsättning för bolagets produkter eller större utestående osäker kredit.⁴⁷⁸ Även händelser efter räkenskapsårets utgång skall vägas in.⁴⁷⁹

⁴⁷¹ Se Andersson (1) s. 200x.

⁴⁷² Se t.ex. NJA 1951 s 6 och NJA 1966 s 475.

⁴⁷³ Jfr. Andersson (2) s. 40x ff. Andersson menar att rättsfallet helt måste inskränkas till tillämpningen av 1 st. i 12:2. Vinstutdelning föreligger så snart marknadsvärdet understigs men lovligheten härav enligt just 1 st. kan ej ifrågasättas förrän bokfört värde understigs. Han anser vidare att bedömningen enligt 2 st. skall ske med marknadsvärdet som utgångspunkt.

⁴⁷⁴ Se avsnitt V.3.2.3.1. Lindskog påpekar att en "...betydande gråzon..." finns i regeln och att regeln, p.g.a. att borgenärerna enbart skall ha skydd i bundet eget kapital, bör tolkas snävt för att undvika onödigt försiktighet. Se Lindskog s. 67y f. Vad denna slutsats grundas på är svårt att se. Något stöd för detta i motiven synes inte finnas. Här anges att "(n)ormalt torde...en ganska betydande reservering av vinstmedel vara påkallad, om bolaget skall kunna möta försämringar i bolagets lönsamhet." Prop. 1975:103 s. 477y. Varför finns överhuvudtaget en regel som skyddar fria vinstmedel i viss utsträckning om enbart bundet eget kapital är skyddsobjekt för borgenärerna? (Se vidare avsnitt V.7.2.3.2)

⁴⁷⁵ Se Lindskog s. 68n f.

⁴⁷⁶ Se Andersson (1) s. 210n, 211ö.

⁴⁷⁷ Vilken likviditet som kan accepteras beror på verksamheten i fråga. Här kan t.ex. säsongvariationer i produktavsättningen vara av betydelse. Se Lindskog s. 70m.

⁴⁷⁸ Prop. 1975:103 s. 478ö.

⁴⁷⁹ Se. Lindskog s. 71ö.

Det kan här inskjutas att försiktighetsregeln, i SOU 1997:168, föreslås förändras så att rekvisiten inte görs beroende av god affärssed utan överföring istället skall kunna bedömas som försvarlig.⁴⁸⁰ Detta beror på att utveckling av någon specifik affärssed inte skett. Vid en sådan utformning torde kopplingen till vad som i det enskilda fallet kan anses vara skäligt bli starkare. Vad skälet är till att kommittén inte använt den mer frekvent använda terminologin ”skäligt” utan istället valt den något ovanliga termen ”försvarlig” anges inte.⁴⁸¹ Vi anser att formuleringen är olämplig. Uppenbarligen har kommittén inte avsett att ge termen försvarligt någon särskild betydelse. Samtidigt används i nuvarande 12:6 1p ABL termen skäligt vid prövning av tillfälligheten av vissa gåvor i bolag. I denna regel föreslås inte någon ändring i utredningen (se 16:10 i utredningen s. 36x). Vi kommer alltså att ha olika termer för i princip likvärdiga bedömningar i 12 kap ABL.

17.2.3.4 Särskilda regler för koncerner

När ett koncernbolag skall vidta utdelning måste särskilda hänsyn tas inom ramen för 12:2. Hela koncernens ställning skall få genomslag i lovlighetsbedömningen.

Vid bedömningen enligt beloppsregeln i 1 st. skall två beräkningar ske, om bolag är moderbolag. Bedömning skall först ske enligt moderbolagets balansräkning för sig. Därefter skall bedömning ske m.h.t. koncernens ställning enligt koncernbalansräkningen. Koncernens nettovinst, balanserad vinst och fria fonder minskas då med koncernens redovisad förlust, koncernens överföringar till bundet eget kapital och belopp som, enligt årsredovisningen, ej skall nyttjas för utdelning till aktieägare.⁴⁸² Ett moderbolag lyder således under en *dubbel spärreglering*. Utdelning får inte ske så att den överstiger utdelningsbart belopp i moderbolaget men den får inte heller överstiga utdelningsbart belopp inom hela koncernen.

Även i 2 st. föreskrivs särskild koncernhänsyn. Koncernens och inte enbart moderbolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt blir avgörande för huruvida god affärssed åsidosätts.⁴⁸³

17.2.4 Rättsverkan av otillåten vinstutdelning⁴⁸⁴

Sker utbetalning i strid med ABL är denna att betrakta som ogiltig. Att återbäring därför skall ske följer av 12:5 1 st. Det skall emellertid uppmärksammas att det för olika former av vinstutdelning (d.v.s. såväl öppen som förtäckt) finns en begränsning i form av ett krav på ond tro hos mottagaren. Denne skall visas ha insett eller bort inse att utdelningen stridit mot t.ex. 12:2. Detta godtrosskydd för aktieägare anges i motiven ha till syfte att skydda mindre aktieägare i bolag med större aktieägarkrets. Aktieägare har då ofta inte ”...förmåga att bedöma om utdelningen håller sig inom ramen för god affärssed och för vad fastställd balansräkning utvisar så som vinst.”⁴⁸⁵ Följden av ogiltigheten är att det utdelade skall återbäras av mottagaren till aktiebolaget.⁴⁸⁶

I 12:5 2 st. stadgas ett subsidiärt s.k. bristtäckningsansvar för den som medverkat till den olovliga utdelningen. Detta inträder för vad en återbäringsskyldig inte kan betala. Medverkan är emellertid inte ensam förutsättning för ansvar. Därtill krävs att den medverkande är antingen stiftare, verkställande direktör, revisor, särskild granskare eller aktieägare.⁴⁸⁷ I subjektivt hänseende krävs dessutom minst vårdslöshet för alla utan aktieägare där grov vårdslöshet krävs för ansvar.⁴⁸⁸

⁴⁸⁰ Se SOU 1997:168 s. 36 (11 § 2 st.), 77m.

⁴⁸¹ Vi finner att termen försvarligt väl främst är en straffrättslig term och ställer oss frågande till vad brukande av denna term har för funktion inom associationsrätten. Angående det straffrättsliga brukandet av termen, se BrB 24:2 och 10 § 1 st. PolisL.

⁴⁸² Se Andersson (1) s. 199y.

⁴⁸³ Se Andersson (1) s. 218n f.

⁴⁸⁴ Specifika koncernproblem i detta avseende behandlar vi i avsnitt V.5.1.3, V.5.1.4.

⁴⁸⁵ Se Prop. 1975:103 s. 485x.

⁴⁸⁶ En särskild fråga är om återbäring vid sakutdelning måste ske av saken i fråga eller om värdeåterbäring räcker. Doktrinen ger olika svar. Lindskog hävdar att saken skall återlämnas (Lindskog s. 122x) medan Andersson menar att värdeåterbäring bör räcka (i alla fall de lege ferenda) (Andersson (2) s. 75m f).

⁴⁸⁷ 12:5 2st hänvisar till personerna i 15:1-3. Hänvisningen omfattar även där angivna subjektiva rekvisit. Se Andersson s. 96n f. 12:5 2 st skall inte tillämpas e’ contrario i fråga om personkrets. Detta följer av NJA 1997 s. 418 som kommer att behandlas nedan (se avsnitt V.5.1.4)

⁴⁸⁸ Se de subjektiva rekvisiten i 15:1-3.

18 Sakrättsliga anspråk inom koncernen

18.1 Inledning och avgränsning

Vi skall i detta avsnitt behandla den mycket prekära och komplicerade frågan om vilket bolag inom en koncernbildning som har sakrättsligt erkänd äganderätt till tillgångar som förs mellan koncernbolagen. Denna fråga blir av största vikt att utreda när ett eller flera av koncernens bolag drabbas av konkurs. Frågan blir då vilken egendom som faktiskt skall ingå i respektive konkursbo. Att fastställa detta blir en av konkursförvaltarens första uppgifter.⁴⁸⁹ Resultatet härav ligger till grund för vilka åtgärder i form av återkrav enligt 12 kap. ABL och återvinning enligt 4 kap. KL som aktualiseras.⁴⁹⁰ Enbart tillgångar där sakrättsligt skyddad äganderätt föreligger blir alltså aktuella för återkrav. För de tillgångar där sådan äganderätt saknas aktualiseras ju återgång ändå. Den sakrättsliga utredningen blir därför av största vikt för utredningen i konkursen.

Fullständig enighet föreligger väl inom doktrinen om att vi när fysiska personer gått i konkurs knappast inleder med att kontrollera om återvinning kan ske av transaktion förrän vi fastställt vilken egendom som skall ingå i konkursboet.⁴⁹¹ Det samma måste enligt vår mening givetvis gälla beträffande återkravsreglerna i 12 kap ABL. Varför väcka talan om återkrav från konkursboets sida om saken ändå återgår p.g.a. bristande sakrättsligt skydd. I koncernförhållanden synes emellertid inte fullständig enighet råda om detta inom doktrinen. Folkesson antyder i sin systematik att kriteriet på sakrättsligt skydd skall prövas först efter det att utdelningsregleringen behandlats.⁴⁹² Rodhe å andra sidan synes i alla fall på grundval av sin systematik vara av den åsikten att prövning av återkrav enligt 12:5 skall ske innan återvinning prövas.⁴⁹³

Hur skall då äganderätsfrågan ovan avgöras? I svensk rätt fästs i detta avseende avgörande vikt vid huruvida visst s.k. sakrättsligt moment uppfyllts eller ej. Olika typer av egendom och olika situationer kräver differentierade sakrättsliga moment. I vissa fall är den som på visst sätt fått egendomen i sin hand skyddad (*tradition*) i andra fall räcker det med att en utanför partsförhållandet stående person underrättas om viss rättshandling (*denuntiation*) och i åter andra fall kan *registrering* ge skydd för t.ex. en förvärvare.⁴⁹⁴ Inom doktrinen har dessa tre moment som bekant behandlats i mycket stor omfattning vad gäller transaktioner mellan fysiska personer. Motsvarande transaktioner mellan juridiska personer är emellertid mycket sparsamt belyst och koncerninterna aspekter lämnas ofta helt därhän. Vår avsikt är därför att sätta ljuset på dessa situationer i avsnitten nedan. Vi inleder med en allmän orientering i de sakrättsliga momenten. Därefter skall vi närmare granska de särskilda sakrättsliga problem som uppstår när rättshandlande företräds av ställföreträdare. I anslutning till detta skall en samlad analys genomföras av de sakrättsliga reglernas tillämpning inom koncerner och de effekter som detta får.

Behandlingen nedan rör enbart *lös egendom*. Detta beror på att det för denna egendom saknas motsvarande formella system för publicering av äganderätt som gäller för fast egendom. Samma koncernproblem synes därför inte uppstå vid överlåtelse av fast egendom mellan koncernbolag. Vidare kommer behandlingen främst röra spörsmål vid singularfången *överlåtelse* och *pantsättning*. Vi vill också framhålla att redogörelsen enbart behandlar *borgenärsskyddet* och *inte omsättningskyddet* hos de sakrättsliga momenten.

⁴⁸⁹ Se 7:13 KL. Här stadgas att konkursförvaltaren har att upprätta en bouppteckning över tillgångar och skulder i boet. För en översikt angående förvaltningsåtgärderna se Folkesson s. 123 ff.

⁴⁹⁰ Se Helanders jämförelse mellan återvinningsreglerna och de sakrättsliga reglerna. Helander s. 372ö ff.

⁴⁹¹ Håstad talar om att sakrättsligt skydd är en "...första skyddsvall för borgenärerna /.../ .Den andra skyddsvallen är reglerna om *återvinning*". Se Håstad (2) s. 118m.

⁴⁹² Se Folkesson s. 180 och 189y.

⁴⁹³ Se Rodhe, Sakrätt s. 255 f jfr. med s. 258 ff.

⁴⁹⁴ Det finns naturligtvis fler sakrättsliga moment än dessa. I vissa fall skyddar t.ex. redan avtalet en förvärvare. För utredningen vi bedriver i detta avsnitt är det emellertid tillräckligt att de ovan uppräknade momenten behandlas.

18.2 Sakrättsliga grunder

18.2.1 Sakrättsmomentet som intresseavvägning (i den yttre sfären)

18.2.1.1 Inledning

Vi skall i detta avsnitt kort utreda vilka de huvudsakliga intentionerna är bakom utformningen av kraven på sakrättsliga moment. Dessa skall vi ha i åtanke vid diskussioner om t.ex. traditionens respektive denuntiationens effektivitet. Särskilt viktigt är detta när vi skall diskutera äganderättsanspråk inom koncerner och vi hamnar i de sakrättsliga momentens yttersta gränsland.

Vårt intresse är i denna del inriktat syften med avseende på borgenärsintresset.⁴⁹⁵ Det sakrättsliga momentet fungerar här inom en intressekonflikt mellan å ena sidan en förvärvare/pantavare som anser sig ha sakrättsligt skydd till sin rättighet och å andra sidan en borgenär till överlåtare/pantsättaren som anser att sådant skydd inte uppkommit. Sakrättsmomentets utformning innebär alltså en *intresseavvägning* mellan dessa subjekt.⁴⁹⁶ I koncernsammanhang kommer alltså det sakrättsliga momentet i praktiken att fungera som en intresseavvägning inom den yttre sfären mellan borgenärer till de olika koncernbolagen. Den särskilda situationen vid koncerninterna transaktioner innebär emellertid även att sakrätten i praktiken även fungerar som en intresseavvägning mellan aktieägarintressen och borgenärsintressen. Detta beror på att koncerninterna transaktioner sker mellan juridiska personer som normalt är sammankopplade via ägarinflytande.

Redan inledningsvis vill vi påpeka att syftena som anförs inte upptas enhetligt inom doktrinen och det är svårt att försöka dela in syftena i klart distingerade grupper. Två eller flera syften kan tillgodoses av en och samma funktion hos det sakrättsliga momentet. Vårt att anmärka är att de stundom ganska detaljerade uppdelningar inom doktrinen lätt blir missvisande. Försummar vi att iakttäta att varje enskilt syfte inte i sig kan få högre auktoritet än som *delsyfte* för att uppnå den ovan nämnda intresseavvägningen mellan olika borgenärer (och aktieägare i koncernen) är vi farligt ute.

Vi har valt att för överskådlighetens skull dela in de mest centrala syftena bakom de sakrättsliga momenten i två avsnitt; i det första skall *delsyftet* att *försvåra olika skentransaktioner* upptas varefter *delsyftet* att *skapa publicitet* om rättsförhållandet behandlas.

18.2.1.2 Motverkande av skenavtal och efterhandskonstruktioner

Ett viktigt skäl mot att sakrättsligt borgenärsskydd skall uppnås redan genom avtalet är att en sådan ordning skulle kunna fresta en gäldenär som befarar framtida obestånd att via olika skentransaktioner undandra egendom från borgenärerna.⁴⁹⁷ En sådan funktion hos avtalet skulle också kunna medföra att antedaterade skentransaktioner genomförs.⁴⁹⁸ Detta kan få ödesdigra konsekvenser när konkursförvaltaren i en senare konkurs överväger att söka få återvinning till stånd.⁴⁹⁹

Hur anses då tradition och denuntiation motverka ovan nedtecknade scenarion? Vid tradition anses den uppoffring som överlåtare/pantsättaren måste göra i och med att besittningen till egendomen avhänds ha en försvårande verkan för genomförande av skentransaktioner.⁵⁰⁰ Möjligheterna att bruka egendomen frånhänds honom och detta torde normalt inte vara avsikten vid skentransaktioner. Vad gäller denuntiation fästs främst vikt

⁴⁹⁵ Jfr. Håstad (2) s. 212x.

⁴⁹⁶ Se t.ex. Folkesson s. 29x.

⁴⁹⁷ Se Undén s. 47ö, Helander s. 359y f och Håstad (2) s. 212m.

⁴⁹⁸ Se Helander s. 360m.

⁴⁹⁹ Se Folkesson s. 35n, 36ö.

⁵⁰⁰ Se t.ex. NJA 1987 s. 3 (särskilt sidan 12ö) och NJA 1995 s. 367. Se Helander s. 361m och Håstad (2) s. 213x, 221y.

vid att en utomstående tredje man erhåller kännedom om rättshandlingen.⁵⁰¹ För både tradition och denuntiation anses gälla att de minskar risken för skentransaktioner genom att en objektivt konstaterbar tidpunkt erhålls för när det sakrättsliga skyddet inträder.⁵⁰²

18.2.1.3 Publicitet

Publicitetsskälet har inom sakrätten ofta framförts som det viktigaste skälet för bruket av sakrättsliga moment.⁵⁰³ Man menar i *traditionsfallet* att allmänheten och då i första hand borgenärerna skall kunna förlita sig på att den lösa egendom som finns hos en person inte är behäftad med vare sig panträtt eller annans äganderätt.⁵⁰⁴ Kreditvärderingen underlättas härigenom.⁵⁰⁵ Detta skäl mister emellertid mycket av sin betydelse när vi beaktar att innehavd egendom kan vara t.ex. lånad, leasad eller på annat sätt hyrd.⁵⁰⁶ Kravet på att överlåtarens/pantsättarens rådighet på visst sätt upphör genom de sakrättsliga momenten kan också i sig innebära en form av publicitet. Om kravet på tradition upprätthålls strikt kommer borgenärerna att kunna iaktta när viss egendom t.ex. pantsätts eftersom denna förflyttas. Motsvarande resonemang vinner givetvis inte tillämpning när *denuntiation* tillämpas. Här blir, precis som vid motverkande av skenavtal, det faktum att en utomstående får kännedom om rättshandlingen det främsta publicitetsskapande momentet.⁵⁰⁷ I förarbetena till SkbrL uttrycktes syftet att ta bort "...möjligheten att låta överlåtelsen vara en hemlig uppgörelse mellan överlåtare och förvärvare."⁵⁰⁸

18.2.2 Närmare om de sakrättsliga momenten

18.2.2.1 Inledning

Det finns som bekant mycket omfattande redogörelser för den närmare innebörden av de sakrättsliga momenten tradition och denuntiation. Inom ramarna för denna uppsats kan vi därför inte göra anspråk på att ge uttömmande resonemang kring just utformningen av de sakrättsliga momenten. Tanken är istället att ge en överskådlig bild över grundstrukturerna hos dessa.

I redogörelsen nedan kommer inte traditions- och denuntiationskravet att behandlas separat för överlåtelse respektive pantsättning.⁵⁰⁹ I de delar som gällande rätt ställer upp särskilda krav för respektive transaktion kommer detta istället att anges uttryckligt. När inget särskilt anges gäller sålunda samma krav för överlåtelse respektive pantsättning.

18.2.2.2 Tradition

18.2.2.2.1 När brukas tradition?

⁵⁰¹ Se Helander s. 466m. I förarbetena till SkbrL fastslog JustR Bagge att denuntiationen medför att "...överlåtelsen får en viss offentlighet och prägel av verklighet, ej sken." (Se Prop. 1936:2 s. 44y).

⁵⁰² Se Helander s. 361y, 362n.

⁵⁰³ Se Undén s. 46y, Helander s. 351m.

⁵⁰⁴ Se Håstad (2) s. 211n, Helander s. 353m f.

⁵⁰⁵ Se Undén s. 55x, Helander s. 353m, Johansson SvJT 1997 s. 346x.

⁵⁰⁶ Se Håstad (2) s. 212ö.

⁵⁰⁷ Se Helander s. 464ö.

⁵⁰⁸ Se Prop 1936:2 s. 44y.

⁵⁰⁹ En sådan uppdelning synes inte heller genomföras inom doktrinen annat än vid vissa särskilda typer av lös egendom (t.ex. byggnad på ofri grund, luftfartyg, skepp). (Se Walin, Separationsrätt s. 63y f). Helander anför att traditionskravet huvudsakligen uppställer samma krav vid överlåtelse som vid pantsättning. Se Helander s. 401. Håstad fastställer också detta beträffande lösöre i allmänhet. Se Håstad (2) s. 287y. Folkesson fastställer det samma beträffande både tradition och denuntiation. Se Folkesson s. 30y. Vidare anses som bekant vara att eftersträva samma sakrättsliga moment vid omsättningsöverlåtelse, säkerhetsöverlåtelse och pantsättning. Se Helander s. 405m och Håstad (2) s. 226n. För skuldebrev föreskriver SkbrL 10 § uttryckligen samma regler för överlåtelse och pantsättning.

För överlåtelse av lösöre och löpande skuldebrev gäller kravet på tradition av egendomen från säljaren till köparen för att rättshandlingen skall få effekt mot säljarens borgenärer.⁵¹⁰ Detsamma gäller vid pantsättning av motsvarande egendom. Vid pantsättning av lösöre finns, till skillnad från vid överlåtelse, en uttrycklig reglering av traditionskravet i 10:1 HB.⁵¹¹ För pantsättning av löpande skuldebrev framgår traditionskravet i 22 § SkbrL.⁵¹²

18.2.2.2.2 Vad krävs för sakrättsligt skydd?

Vad kravet på tradition i ovan nämnda fall innefattar råder det i viss mån delade meningar om i doktrinen.⁵¹³ I det följande kommer vi att karaktärisera traditionen främst som rådighetsavskärande moment. Vi finner att detta synsätt bäst överensstämmer med den gällande uppfattningen i både doktrin och praxis.⁵¹⁴ Följande *moment* framstår då som avgörande för sakrättsligt borgenärsskydd:

1. Överlåtarens/pantsättarens *rättsliga rådighet* skall avskäras;
2. Överlåtarens/pantsättarens *faktiska rådighetssken* skall avskäras⁵¹⁵;
3. Rådighetsavskärandet skall ske i *förförvarens/panthavarens intresse*;
4. Vid *överlåtelse* skall *syftet* vara ett bestående rådighetsavskärande. Vid *pantsättning* skall rådighetsavskärandet vara för handen när sakrättsligt skydd görs gällande.

Avskuren *rättslig rådighet* till egendomen sker enligt huvudregeln redan genom att avtal om förvärv eller panträtt ingås. Äganderätten/panträten övergår ju då s.a.s. till förvärvaren.⁵¹⁶ Det kan emellertid, främst vid pantsättning, tänkas att parterna i avtalet enas om att pantsättaren även i framtiden skall äga förfoga över egendomen. Ett sådant avtalsinnehåll hindrar då att borgenärsskydd inträder för panthavaren.⁵¹⁷ Detta eftersom pantsättaren även fortsättningsvis har den rättsliga rådigheten över panten. Härvid uppkommer strängt talat ingen panträtt.⁵¹⁸ Vid överlåtelser av t.ex. lösöre förhåller sig saken något annorlunda.⁵¹⁹ En avtalad brukanderätt får

⁵¹⁰ Se t.ex. Håstad (2) s. 207m ff, Rodhe, Sakrätt s. 209n ff, Undén s. 46 ff, Helander s. 304 ff, Folkesson s. 32y f. Vad gäller *lösöre* så sägs ibland kravet på tradition kunna uttolkas ur LkL e' contrario. Se Håstad (2) s. 220m. För *löpande skuldebrev* framgår traditionskravet vid överlåtelse av 22 § 1 st SkbrL. Analogt med löpande skuldebrev behandlas *växel, check* och *konossement*. För *aktier* gäller 3:6 ABL med hänvisning till 22 § SkbrL. Aktier i avstämningsbolag omfattas av Lag (1998:1479) om kontoföring av finansiella institut (LKF). Borgenärsskyddet görs här beroende av registrering och inte av tradition (6:2). Det bör påpekas att LKF omfattar även andra finansiella instrument så som *optionsrätter* och *tekningsoptioner* utfärdade i avstämningsbolag.

⁵¹¹ Se Håstad (2) s. 285y f, Helander s. 308m f.

⁵¹² 10 § SkbrL likställer som bekant pantsättning med överlåtelse inom ramen för lagens tillämpningsområde.

⁵¹³ Se Walin, Separationsrätt, s. 17x.

⁵¹⁴ Stöd för att praxis fäster betydande vikt vid just huruvida rådigheten betagits finns bl.a. i HD:s avgörande i mål Ö 3864-98, NJA 1996 s. 52, NJA 1989 s. 705 I och II, NJA 1972 s. 246 och NJA 1949 s. 164. Även i doktrinen finns enighet om att rådighetsavskärande bäst karaktäriserar traditionskravet (före ett perspektiv där besittningsbegreppet medges avgörande vikt). Bl.a. Helander anför omfattande kritik av besittningsbegreppet. Se Helander s. 376y ff (särskilt s. 379m f) Rodhe delar närmast Helanders syn. Se Rodhe, Sakrätt s. 210y och 391y f. Även Håstad är kritisk till brukande av besittningsbegreppet utan klara definitioner. Se Håstad (2) s. 50y, 53m. Se även Folkesson s. 32y där rådighetsavskärande betonas som mest väsentligt. Doktrinen har uttryckligen fått stöd för sin inställning i bl.a. NJA 1996 s. 52. För en annan syn på besittningsbegreppets betydelse se Göranson s. 463 ff. (även nedan om osjälvständig besittning avsnitt V.4.3.3.1).

⁵¹⁵ Uppdelningen av rådighetsavskärandet i *rättslig* respektive *faktiskt rådighetssken* har tagits från Lindskog (JT 91/92 s. 278n f) och Folkesson (se Folkesson s. 36m). Lindskog synes emellertid mena att det krävs dels "rådighetsavskärande" samt *dessutom* avskärande av rättslig och faktiskt rådighetssken. Vi ser inte riktigt vad det förstnämnda rådighetsavskärandet skulle bestå i om inte i en avskuren *rättslig och faktisk rådighet*. Således synes vad som menas med "rådighetsavskärandet" inrymma denna distinktion. (Påpekas skall att Lindskog vänder sig mot att rådighetsskenet anses utgöra ett skäl till sakrättsligt borgenärsskydd. Sådant avskärande har enligt honom inget egenvärde i sig utanför omsättningsintresset. Se Lindskog JT 91/92 s. 277m. Vad han närmare menar med detta har vi inte lyckats utröna).

⁵¹⁶ Se Håstad (2) s. 210x. Håstad talar om en successiv äganderättsövergång. Redan i och med avtalet uppkommer omsättningsskydd för köparen mot ondtröende singularsuccessor medan borgenärsskydd uppkommer först efter tradition.

⁵¹⁷ Se Lindskog, JT 91/92 s. 276m.

⁵¹⁸ Ett liknande fall kom till bedömning i NJA 1996 s. 52. I fallet hade inte något uttryckligt avtal i sig ingåtts om fortsatt brukande av panten för pantsättarens del. Trots detta ansåg HD att upplägget att lämna pantsatta löpande skuldebrev i öppet förvar hos bank inte medförde fullbordad panträtt. I fallet var i och för sig den rättsliga

här inte nödvändigtvis samma långtgående effekt. Det avgörande blir om tradition har åstadkommit enligt momenten nedan.⁵²⁰

Vad innebär det då att vi även måste kunna fastställa ett avskuret *faktiskt rådighetssken* hos överlåtare/pantsättaren? Här ligger ett krav på att det som sålts i fysisk bemärkelse inte längre finns inom överlåtarens/pantsättarens rådighet.⁵²¹ En besittningsövergång genom tradition anses krävas för att uppnå detta.⁵²² Att tradition sker är emellertid inte alltid nog för att det faktiska rådighetsskenet skall vara avskuret. I NJA 1996 s. 52 hade ett löpande skuldebrev pantskrivits och lämnats från pantsättaren till öppet förvar i en bank. Visserligen hade panten kommit ur pantsättarens besittning, såtillvida att det fanns hos banken, men eftersom denne kunde hämta ut egendomen ansågs rådigheten inte avskuren varför panträtt ej uppkommit.

I kravet på avskuret rådighetssken kan vi ana såväl syftet att motverka skentransaktioner som syftet att skapa viss publicitet i bakgrunden. Skulle sakrättsligt skydd inträda utan sådant krav på besittningsförändringen uppkom ingen uppoffring för överlåtare/förvärvaren och denne kunde då frestas att ingå skenrättshandlingar av olika slag. Vidare medför kravet på avskuren faktisk rådighet bättre manifestation av avtalet.

Dessa syften har också kommit till explicit uttryck i praxis. I NJA 1987 s. 3 hade en andel i häst överlåtits från fader till son. Hästen befann sig även härefter hos fadern även om hästen en kortare tid fanns hos annan för bete. Här anger HD som skäl för just kravet på besittningsförändring att denna skall "... motverka skenöverlåtelser och därigenom förhindra att egendom undandras borgenärerna."⁵²³ I rättsfallet NJA 1975 s. 638 synes HD ha lagt större vikt vid publicitetsskapandet hos det avskurna rådighetsskenet. Fallet rörde överlåtelse. En husvagnsköpare hade efter en provtur lämnat kvar husvagnen hos säljaren. Denne skulle förvara och reparera husvagnen. Husvagnen befann sig alltså även efter köpet kvar hos säljaren. Trots att köparen erhållit en av nycklarna till husvagnen ansågs inte säljarens avskurna rådighet ha blivit *tillräckligt tydligt ådagalagd*.

Avskuren rättslig rådighet för överlåtare/pantsättare är alltså inte tillräckligt. Detta trots att han vid brukande av egendomen för egna intressen sannolikt begår ett förmögenhetsbrott. Härtill krävs alltså att överföring av faktisk rådighet sker genom att överlåtarens/pantsättarens fysiska besittning bryts.⁵²⁴ Avskärning av faktisk rådighet kan i vissa fall uppnås utan att ett yttre överlämnande sker av t.ex. pantsatt egendom. I NJA 1956 s. 485 fastställde HD att sakrättsligt giltig panträtt till spannmål uppkommit redan genom förslutning och plombering av siloceller. Detta trots att silocellernas övre luckor inte låsts. HD menade att rådighetsskenet betagits eftersom dessa övre luckor *normalt* inte användes för att tömma cellerna. Vidare fastställdes att det avskurna rådighetsskenet manifesterats för utomstående genom plomberingarna av bottenluckorna. I målet tar alltså HD hänsyn till, dels att erkännande av panträtten knappast kunde medföra skenrättshandlingar genom normalt förfogande dels att detta förhållande fått viss publicitet.

I kravet på avskuret faktisk rådighetssken ligger möjligen vissa problem vid transaktioner mellan "närstående" så som t.ex. mellan huvudman och ställföreträdare. Har en besittningsövergång mellan dessa personer samma

rådigheten vara avskuren eftersom avtal om förfogande ej ingåtts med panthavaren. Istället var *det faktiska rådighetsskenet* avgörande (se vidare under moment 2).

⁵¹⁹ Vid överlåtelse torde inte kunna avtalas om förfoganderätt utan att någon form av nyttjanderätt uppkommer. Se Lindskog, JT 91/92 s. 276m. Även sådan nyttjanderätt för säljaren blir att anse som rättslig förfoganderätt. Se NJA 1949 s. 164. Se även avsnitt V.4.2.2.3.3 angående denuntiation.

⁵²⁰ En liknande situation skall behandlas i moment 2 när vi ser på rättsfallet NJA 1975 s. 638. Vi skall nedan återkomma till s.k. sale and lease back affärer i moment 4. Dessa underkänns ofta p.g.a. att en tillräcklig besittningsövergång inte skett.

⁵²¹ Se Helander s. 379y. Helander använder inte begreppet *faktisk rådighet* men brukar den snarlika benämningen den *faktiska makten*. Se a.a. s. 380ö. Lindskog talar om att överlåtare/pantsättaren måste ha "...betagits skenet av rådighet.". Att Lindskog talar om rådighetssken beror på att redan avtalet beskurit överlåtarens/pantsättarens rättsliga rådighet. Rådigheten är s.a.s. borta men består skenet förblir det sakrättsliga skyddet ofullbordat. Se Lindskog, JT 91/92 s. 277ö.

⁵²² Jfr. Helander s. 380y.

⁵²³ Se NJA 1987 s. 3 (s. 12ö).

⁵²⁴ Se Hästad (2) s. 222 där det fastställs att avtal där egendom skall förvaras avskilt hos säljaren underkänts i NJA 1924 s. 543 och NJA 1929 s. 64. Besittningen för säljaren har ju då inte brutits.

rådighetsavskärande effekt? Vad som gäller i detta avseende kan få effekter vid sakrättsligt skydd mellan koncernbolag. Vi skall därför återkomma till eventuella särskilda överväganden i sådana fall i avsnitt V.4.3.

Det skall här fastställas att det normalt torde räcka att överlåtaren/pantsättaren har avhändert sig sin besittning samt härmed avskurits sin rådighet. Gällande rätt synes inte uppställa något strikt krav på ett reciprokt besittningstagande från förvärvarens/pantthavarens sida.⁵²⁵

Rodhe synes i detta avseende skilja mellan å ena sidan överlåtelse och å andra sidan pantsättning. Vad gäller överlåtelse av lös egendom framhåller han att "... (n)ärmast går väl tendensen mot att rådighetsavskärande skall vara tillräckligt...".⁵²⁶ Vid pantsättning menar Rodhe emellertid att ett ensidigt krav på rådighetsavskärande skulle "... vara en klar brytning med hitillsvarande rättspraxis...".⁵²⁷ Lindskog har vänt sig mot denna uppdelning. Han menar att det föreligger skäl att likställa överlåtelse och pantsättning i nu behandlat hänseende och låta rådighetsavskärandet vara avgörande. Stöd för detta finner Lindskog i NJA 1989 s. 705 I och II.⁵²⁸ I mål I hade accordcentralen upprättat ett administrationskonto för företagsinteckningar. Frågan var om borgenären ägde separationsrätt till belopp motsvarande inteckningen från kontot. HD fäste i skälen enbart vikt vid att bolaget, i vilket inteckningarna gällde, "... avskurits från rådigheten över medlen på kontot..." varför separationsrätt medgavs.⁵²⁹ Även i mål II togs främst hänsyn till rådighetsavskärandet till borgenärens fördel. Domskälen i dessa mål talar helt klart i den av Lindskog utpekade riktningen. Något strikt krav på besittningstagande torde därmed inte finnas vid vare sig vid överlåtelse eller pantsättning. Vi torde även kunna jämföra det sagda med NJA 1956 s. 485 där rådighetsavskärandet synes ha tillmätts avgörande vikt i en pantsättningssituation. Även det betydligt mer aktuella fallet NJA 1996 s. 52 tyder klart på att det i första hand är rådighetsavskärandet som tillmätts vikt och inte besittningstagande från pantthavarens sida.

I moment 3 anges att tradition måste kunna anses vara gjord i *den aktuella förvärvarens intresse*. Detta krav kan åskådliggöras med ett exempel; En person A överlåter först lösöre till B utan att tradition sker. Därefter pantsätter A samma sak till C varvid C erhåller besittning till denna. I detta läge har A visserligen avskurits all rådighet till saken men detta har skett i C:s och inte i B:s intresse. Detta medför att B:s äganderätt inte har vunnit borgenärsskydd mot A:s Borgenärer.⁵³⁰

Vad gäller det sista momentet 4 ovan märker vi en klar skillnad i traditionsbegreppet mellan överlåtelse och pantsättning.⁵³¹ En uppdelning av analysen är därför befogad.

För att uppfylla traditionskravet vid *överlåtelse* krävs att avskärandet av säljarens rådighet *syftar till viss varaktighet*. Vi skymtar alltså en subjektiv bedömning av förhållandena.⁵³² Traditionskravet uppfylls alltså inte om avsikten med viss överlåtelse varit att köparen när saken traderats direkt skall hyra ut eller sälja det köpta åter till säljaren (sale and lease back, sale and purchase back).⁵³³ Har syftet varit att besittningen "... strax skulle

⁵²⁵ Helander argumenterar starkt för att detta bör gälla. Se Helander s. 414y ff. Håstad anser att Helanders åsikt "... synes befogad.". Det framstår enbart som en praktikalitet för t.ex. en pantthavare att rådighet över panten föreligger. Detta bör emellertid inte inverka på borgenärsskyddet. Se Håstad (2) s. 289m. (Se även Rodhe och Lindskog i inskjuten text nedan). Även Undén fastställer rådighetsavskärandet som det väsentliga. "Varje handling varigenom säljaren sätter sig ur stånd att nyttja saken utan köparens medverkan, är ägnad att i viss mån tillgodose traditionsregelns syften." Se Undén s. 48x.

⁵²⁶ Se Rodhe, Sakrätt, s. 210n, 211ö (vår parentes).

⁵²⁷ Se a.a. s. 391n.

⁵²⁸ Se Lindskog, JT 91/92 s. 276 not 6.

⁵²⁹ Se NJA 1989 s. 705, s. 725y.

⁵³⁰ Se Lindskog JT 91/92 s. 276ö.

⁵³¹ För en mer ingående diskussion om dessa olikheter se Helander s. 400x ff. Se även Rodhe s. 392ö.

⁵³² Se Håstad (2) s. 226m. Han hävdar att "... parternas avsikt rörande besittningen tillägs betydelse." Se även Helander s. 402x och 413m där han fastställer att "... man i Sverige ej är främmande för tanken att en transaktions syfte kan påverka bedömningen av traditionskravets innebörd."

⁵³³ Se Håstad (2) s. 224x, NJA 1925 s. 535 och NJA 1934 s. 196. Helander s. 404x. Någon kanske är böjd att fråga sig vad skillnaden är i moment 4 jämfört med moment 1 i traditionskravet ovan. Den stora skillnaden är att i moment 4 föreligger en underförstådd avsikt att låta traditionen återgå. I moment 1 däremot föreligger uttrycklig sådan överenskommelse. Dessutom kommer saken faktiskt att lämna överlåtarens rådighet i moment 4 vilket ej sker i moment 1.

återgå...” har traditionskravet ej uppfyllts.⁵³⁴ Helt klart är emellertid inte vilken vikt som verkligen fästs vid syftet.⁵³⁵ Kanske är det inte nödvändigt att granska parternas syften om besittningsövergången är mycket kortvarig. Den korta varaktigheten får då möjligen ensamt betydelse. Detta vinner visst stöd i NJA 1975 s. 638 där en provtur med en husvagn inte ansågs räcka för besittningstagande. I domskälen fästes ingen vikt vid parternas syften vid avtalsslutet.⁵³⁶ I tidigare rättsfall har HD dock fäst vikt vid att syftet från början varit att egendomen skulle återgå. Detta även om besittningsövergången varit kortvarig.⁵³⁷

Vid *pantsättning* krävs att pantsättarens rådighet faktiskt var avskuren vid tillfälle då rättshandlingen sakrättsligt ifrågasätts.⁵³⁸ Här tillåts vi alltså göra en striktare objektiv bedömning av rådighetsavskärandet. Det bör påpekas att medgivande av tillfällig rådighet för pantsättaren vid t.ex. reparation eller tillsyn normalt inte medför att panträkten upphör.⁵³⁹ Detsamma gäller om panten kommer inom pantsättarens rådighet av misstag eller genom brottsligt förfarande.⁵⁴⁰

18.2.2.3 Denuntiation

18.2.2.3.1 När brukas denuntiation?

Denuntiation används som sakrättsligt moment i två olika typfall. Det första rör överlåtelse och pantsättning av egendom som till sin karaktär inte går att tradera.⁵⁴¹ Det andra rör överlåtelse och pantsättning av traderbar egendom som finns hos en tredje man varför tradition inte kan åstadkommas i omedelbar anslutning till avtalsslutet.

Vi skall i redogörelsen nedan inte vidare granska denuntiation p.g.a. egendomens beskaffenhet utan vi nöjer oss med att granska denuntiationskravet när traderbar egendom innehas av tredje man.

18.2.2.3.2 Denuntiation när tredje man innehar traderbar egendom

Överlåtelse

I det fallet att traderbar lös egendom överläts men samtidigt, p.g.a. nyttjanderätt eller panträtt, finns hos viss tredje man måste förvärvaren underrätta den som innehar egendomen om överlåtelsen för att sakrättsligt borgenärsskydd skall uppnås. Denna ordning anses framgå indirekt av rättsfallet NJA 1949 s. 164.⁵⁴² Eftersom det inte finns något lagreglerat krav på denuntiation anses inte heller något formkrav gälla för denna. Sålunda kan denuntiationen uppfyllas t.ex. genom ett muntligt meddelande till tredje man.⁵⁴³

Pantsättning

⁵³⁴ Se Håstad (2) s. 224m. Hänsynstagande till syftet sker i praxis vid transaktioner som framstår som säkerhetsöverlåtelser. Det är i detta fall som kringgående av de, i denna del, mer stränga pantreglerna blir akut. Se Helander s. 406m.

⁵³⁵ Se Helander s. 402x.

⁵³⁶ Att märka är emellertid att en minoritet av justitieråden (två) ville medge sakrättsligt skydd till transaktionen just på grundval av att något syfte att missgynna säljarens borgenärer inte funnits.

⁵³⁷ Se NJA 1925 s. 535 (Besittning en natt varefter uthyrning skett till säljaren) NJA 1934 s. 193 (Besittning i fyra dagar varefter återförsäljning skedde). Helander anser att NJA 1975 s. 638 inte betar möjligheten att ta hänsyn till syften bakom transaktioner om inte besittningen är helt kortvarig. Se Helander s. 412x, 413m.

⁵³⁸ Se Håstad (2) s. 290ö.

⁵³⁹ Se NJA 1956 s. 485 och Håstad (2) s. 291x. Se även Helander s. 397m.

⁵⁴⁰ Se NJA 1958 s. 422 och Håstad (2) s. 290x. Se även Helander s. 391x.

⁵⁴¹ Egendom som kan nämnas är öppna fordringar och enkla skuldebrev som omfattas av 31 § 1 st SkbrL. Se Håstad s. 254n f, Rodhe s. 214m f.

⁵⁴² Se Rodhe s. 211 not 29, Helander s. 385ö och Håstad s. 229y ff. I rättsfallet hade en motorbåt överlåtits. Denna fanns hos en tredje man. Köparen underrättade denne men meddelade samtidigt att säljaren ägde bruka båten. Trots att underrättelse skett medgavs överlåtelsen ej sakrättslig verkan eftersom säljaren ägde bruka båten.

⁵⁴³ Vi skall behandla denuntiationens närmare innebörd i avsnitt V.4.2.2.3.3 nedan.

Om istället pantsättning sker av traderbar egendom i tredje mans hand finns det ett särskilt lagreglerat krav på denuntiation i 1936 års pantsättningslag (Lag 1936:88)⁵⁴⁴ Till skillnad från vad som gäller vid överlåtelse finns här ett särskilt formkrav. I lagen görs nämligen en distinktion mellan å ena sidan denuntiation från pantsättaren respektive denuntiation från panthavaren. För pantsättarens del gäller enbart krav på normal, formlös underrättelse.⁵⁴⁵ Om däremot panthavaren utför denuntiationen måste denne uppvisa en "...skriftlig handling som visar att panträtt blivit utfäst."⁵⁴⁶

18.2.2.3.3 Vad krävs för sakrättsligt skydd?

Vi skall nu se något på vad det uppställs för krav för att en förvärvare/panthavare skall uppnå sakrättsligt borgenärsskydd genom denuntiation till tredje man. Vi vill inleda med att påpeka att den närmare innebörden av denuntiationen är omdiskuterad och att det är svårt att sammanfatta denna diskussion kortfattat. Vi vill emellertid försöka urskilja några huvudmoment inom doktrin och praxis. Följande moment framträder då som särskilt viktiga:

1. Överlåtarens/pantsättarens "*direkta rättsliga rådighet*" skall avskäras.
2. Överlåtarens/pantsättarens "*indirekta rättsliga rådighet*" skall avskäras.
3. Överlåtarens/pantsättarens *faktiska rådighetssken* skall avskäras.
4. Meddelandet skall komma *från förvärvare, överlåtare* eller dennes företrädare
5. *Uttryckligt meddelande* krävs sannolikt.
6. Rådighetsavskärandet skall ske *i förvärvarens/panthavarens intresse*.

När och hur avskärs då en säljares *direkta rättsliga rådighet* vid denuntiation? Avtalet medför givetvis att äganderätten per definition övergår. Som vi sett ovan vid behandlingen av traditionskravet, innebär detta emellertid inte någon garanti alls för sakrättsligt borgenärsskydd. Även om den *direkta rättsliga rådigheten* avskärs redan genom avtalet har överlåtaren/pantsättaren ändå en form av *indirekt rättslig rådighet*. Tredje man kan ju tänkas lämna ut egendomen till överlåtaren/pantsättaren i ren ovetskap om rätts handlingen. Överlåtaren/pantsättaren behåller då ett *faktiskt rådighetssken* till egendomen p.g.a. att tredje mans *rättsliga möjlighet* att lämna ut saken till den förre ej avskurits.⁵⁴⁷ Här träder denuntiationens kärnfunktion in. Det meddelande som avges till tredje man anses nämligen ha samma verkan som motsvarande medför för enkla skuldebrev enligt 31 § 1 st SkbrL. En analogi sker sålunda.⁵⁴⁸ Tredje man blir förhindrad att lämna ut egendomen till överlåtaren/pantsättaren samtidigt som den senare betas sin legitimation att ta emot egendomen i enlighet med grunderna för 29 § SkbrL.⁵⁴⁹ Skulle tredje man utlämna egendomen till skada för förvärvaren/panthavaren kan denne bli skadeståndsskyldig.⁵⁵⁰ I detta läge kan vi alltså säga att den *indirekta rättsliga rådigheten* för överlåtaren/pantsättaren avskurits.

⁵⁴⁴ Lag (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man. Vi väljer här att använda begreppet *traderbar lös egendom*. Detta kan tyckas märkligt m.h.t. att lagen uttryckligen anges omfatta den vidare definitionen "lös egendom". I doktrinen och även i praxis anses emellertid denna formulering vara uttryck för ett "...slappt skrivsätt..." (Rodhe s. 393m). Lagen skall därför enbart tillämpas på *lösöre och olika typer av löpande skuldebrev*. (Jfr. Håstad s. 295, 303m och Rodhe s. 393y och 397m). Vid pantsättning av *enkla skuldebrev* gäller emellertid inte pantsättningslagen enligt NJA 1980 s. 197. Att tala om *traderbar lös egendom* synes oss därför rättvisande i ljuset av gällande rätt.

⁵⁴⁵ Mer utförligt om vad som krävs för en verksam denuntiation återfinns i avsnitt V.4.2.2.3.3 nedan.

⁵⁴⁶ Se lagtexten sist i första punkten.

⁵⁴⁷ Någon rättslig rådighet har överlåtaren/pantsättaren naturligtvis inte i detta läge. Till följd av att tredje man är ovetande om rätts handlingen har denne dock legitimation enligt grunderna för 29 § SkbrL att lämna ut egendomen till överlåtaren/pantsättaren.

⁵⁴⁸ Se Håstad (2) s. 230ö. Nämnas bör att Helander inte synes se motsvarande samband mellan denuntiation på traderbar egendom finns hos tredje man och denuntiation enligt 31 § SkbrL. Se Helander s 486x.

⁵⁴⁹ Se Håstad (2) s. 230m. Lämnar underrättad tredje man ut t.ex. en pant till överlåtaren blir denne skadeståndsskyldig om panthavaren härigenom förlorar sin panträtt. Se Håstad s. 295y.

⁵⁵⁰ Se Håstad (2) s. 295y.

Vad finns det då för kvalitativt krav på denuntiationen med avseende på överlåtarens/pantsättarens rättsliga rådighet? Vi kan här se att praxis uppställer ett krav på att tredje man verkligen skall vara rättsligt förhindrad att lämna ut egendomen till överlåtaren/pantsättaren.⁵⁵¹

I NJA 1949 s. 164 skedde försäljning av en motorbåt. Denna såldes i två led. Först såldes den från A till B. Innan tradition skett från A sålde B båten till C. C underrättade A, som hade båten hos sig, om överlåtelsen. A var alltså tredje man i förhållandet. Av meddelandet framgick dock att B skulle få bruka båten tills vidare. Båten utmättes för B:s räkning. Frågan var om C hade fått sakrättsligt borgenärsskydd genom denuntiationen? HD menade att så inte var fallet. I och med att C medgivit B fortsatt brukande var tredje man (A) oförhindrad att utlämna båten till B. Rättsfallet får tolkas så att man inte ansett att överlåtaren B:s rättsliga förfoganderätt varit avskuren.

Medges tredje man i denuntiationen att utge egendomen till överlåtaren/pantsättaren saknas normalt tillräckliga skäl att anta att denne agerar för förvärvaren/panthavaren.⁵⁵²

En diskussion finns i doktrinen om detta verkligen är hela sanningen.⁵⁵³ Tveksamheten emanerar i praxis angående andrahandspantsättning av enkla fordringar. I början av 80-talet stod det i princip helt klart att skydd för sådan pantsättning krävde helt avskuren betalningslegitimation för (sekundo)gäldenären. Detta framgår av NJA 1980 s. 197. I NJA 1986 s. 217 omvärderades denna ståndpunkt något av HD. Här erkändes panträtt trots att det i målet fanns en i alla fall hypotetisk risk att (sekundo)gäldenären betalade med befriande verkan till pantsättaren. Denna utveckling drogs sedan till sin spets i NJA 1995 s. 367 I och II (investorleasing). Efter detta mål kan ifrågasättas om sakrättsligt borgenärsskydd vid pantsättning av öppna fordringar alls kräver att gäldenären är avskuren från rätten att betala med befriande verkan till pantsättaren. Är detta korrekt måste det innebära att rättsordningen fäster ett stort förtroende till pantsättaren. HD synes närmast mena att denne tar emot egendomen på uppdrag av panthavaren. Men skall detta närmast subjektiva krav verkligen tillmätas betydelse för det sakrättsliga borgenärsskyddet? Vidare frågar vi oss om det faktum att man bortser från kravet på avskuren betalningslegitimation enligt 29 § SkbrL inte kan leda till att skälen för att upprätthålla ett strikt krav på denuntiation försvinner? Det som åstadkoms med denuntiation då egendom finns hos tredje man är ju just att dennes rätt att återlämna saken till överlåtaren/pantsättaren försvinner. *Kan överlåtaren/pantsättaren anses motta egendomen för förvärvarens/panthavarens räkning löses emellertid problemet ändå!* Det skall även påpekas att denuntiationskravet redan innan NJA 1995 s. 367 var omdiskuterat. Helander menade t.ex. att "...skälen för att kräva denuntiation...icke är så särskilt övertygande vid en konfrontation med ett alternativ innebärande att gäldenärens kunskap...skulle få samma effekt...".⁵⁵⁴ Efter NJA 1995 s. 367 har Håstad jämfört fallet med nyckelpantsättning där pantsättaren behåller nyckeln och äger uthämta egendomen för panthavarens räkning.⁵⁵⁵

Efter rättsfallet NJA 1995 s. 367 I och II finns det möjligen skäl att ifrågasätta hur strikt kravet är på avskuren betalningslegitimation för den denuntierade.⁵⁵⁶ Möjligen kan vi godta ett visst faktiskt rådighetssken om publicitet åstadkoms om överlåtelsen så att efterhandskonstruktioner kan anses förhindrade.⁵⁵⁷

Hur ser då förutsättningarna ut för avskärande av överlåtarens/pantsättarens *faktiska rådighetssken* till egendom hos tredje man? Någon rättslig möjlighet att utkräva egendomen från tredje man har denne inte sedan denuntiation skett. Att den rättsliga rådigheten är avskuren blir, som bekant, dock inte alltid avgörande. Vad som komplicerar saken något är att det sakrättsliga skyddet är beroende tredje mannen i förhållandet.⁵⁵⁸ Han förväntas efter denuntiationen följa sin rättsliga plikt och agera helt i förvärvarens/panthavarens intresse och alltså inte lämna ut egendomen till överlåtaren/pantsättaren.

⁵⁵¹ Se Håstad (2) s. 231 y f. Helander s. 485 y f.

⁵⁵² Jfr. analogin med betalningslegitimation i 29 § ovan.

⁵⁵³ Se Håstad (2) s. 232 m.

⁵⁵⁴ Se Helander s. 484 m.

⁵⁵⁵ Se Håstad (2) s. 308 m.

⁵⁵⁶ Se Håstad (2) s. 232 m, 261 m f och 307 y f.

⁵⁵⁷ Det skall emellertid påpekas att egendomen i rättsfallet fick förutsättas ha förlorat allt sitt värde när den kvarstående betalningslegitimationen kunde tänkas bli av praktisk betydelse. Huruvida bedömningen blivit en annan om värdet av egendomen varit betydande är en "...öppen fråga...". Se Håstad (2) s. 232 y, 262 y.

⁵⁵⁸ Se Lindskog JT 91-92 s. 277 n f.

I normalfallet, när den enda kopplingen mellan tredje man och överlåtaren/pantsättaren är t.ex. ett depositionsavtal, möter detta inget hinder i gällande rätt. Problem uppkommer emellertid när tredje man har en närmare bindning till överlåtaren/pantsättaren. Tredje man kan t.ex. vara uppdragstagare eller ställföreträdare för denne. Frågan blir om vi då alltid kan lita på att han inte även efter denuntiationen återlämnar egendomen till sin "huvudman"? Vi nöjer oss här med att formulera problemställningen men vi avvaktar med att besvara denna fråga. Att skära av den faktiska rådigheten när tredje man på detta sätt är närstående till överlåtaren/pantsättaren är nämligen just ett av grundproblemen vid resonemang kring sakrättsligt borgenärsskydd i koncernförhållanden. Vi skall därför utförligt utreda betydelsen av tredje mans förhållande till överlåtaren/pantsättaren i avsnitt V.4.3.

Avslutningsvis skall vi kort redogöra för moment 3-5 ovan. Vad gäller *moment 3* kan fastställas att denuntiation inte torde kunna ske av en från överlåtare/pantsättare eller förvärvare/panthavare utomstående person. Ett uppdragsförhållande av något slag torde krävas.⁵⁵⁹

Av *moment 4* framgår det kanske självklara men ändå diskuterade kravet på *uttryckligt meddelande*. Detta krav utgör den grundläggande skillnaden mellan 31 § och 29 § SkbrL. Ovan har vi ju sett att dessa stadganden i praktiken tillämpas analogt när som här denuntiation skall ske till tredje man.

I praxis har detta krav behandlats i bl.a. NJA 1965 s. 224.⁵⁶⁰ I målet uppkom frågan huruvida överlåtelse av rätt till försäkringsersättning blivit gällande mot överlåtarens borgenärer. Huvudfrågan blev då om försäkringsbolaget (tredje man) underrättats om överlåtelsen. Förvärvaren av försäkringsrätten hade själv förmedlat försäkringen för försäkringsbolaget. HD fastställde dock att detta uppdragsförhållande inte medfört att försäkringsbolaget kunde anses ha blivit underrättat om överlåtelsen. Rättsfallet kan anses ge uttryck för ett krav på uttryckligt meddelande för att sakrättsligt borgenärsskydd skall uppkomma.

Slutligen skall vi se på *moment 5*. I likhet med vad som gäller vid tradition måste vi alltid kunna fastställa att denuntiationen är *gjord i förvärvarens/panthavarens intresse* för att vara effektiv. Det räcker ju inte att tredje man försätts i ond tro rent allmänt (jml. 29 § SkbrL). Vore så fallet skulle ju denuntiationskravet i praktiken vara i hög grad inskränkt detta godtas ju som vi sett inte (mom. 4).

18.3 Uppdragstagare och ställföreträdare inom sakrätten

18.3.1 Inledning och begreppsdefinition

I redogörelsen ovan, för de sakrättsliga momenten tradition och denuntiation samt ändamålen bakom dessa, ser vi att sakrätten skall åstadkomma en intresseavvägning mellan olika borgenärsintressen. Frågan är i vilken utsträckning särskilda överväganden är påkallade när transaktioner sker mellan t.ex. en huvudman och dess uppdragstagare eller ställföreträdare. Vi skall, i avsnitt V.4.3.2, inleda med att granska vad praxis stadgar för begränsningar i situationer där ställföreträdare är inblandande. Denna praxis rör inte direkt concernsammanhang men får, som vi skall se senare, i olika avseenden betydelse även i concernsammanhang. Av avgörande vikt vid bedömningen av sakrättsliga anspråk inom en koncern är nämligen om och i vilka situationer som ställföreträdarskap kan sakrättsligt ifrågasättas.

Avslutningsvis skall vi, i avsnitt V.4.3.3, närmare granska hållbarheten hos de olika åsikter som görs gällande i doktrinen angående främst ställföreträdare men även i viss mån uppdragstagare.

⁵⁵⁹ Helander resonerar kring om inte reglerna om rätthabering enligt fullmaksreglerna kan tänkas gälla om utomstående agerar. Han ställer sig tvekan till detta. Gällande rätt synes restriktiv. Se Helander s. 474x.

⁵⁶⁰ Se även NJA 1962 s. 49 och Helander s. 479 x f. Jfr även Håstad (2) s. 256y.

18.3.2 Behandlingen av ställföreträdare i praxis

18.3.2.1 Ställföreträdaren är avtalspart

18.3.2.1.1 Partsförhållanden

I detta avsnitt skall vi behandla följande situationer; I avsnitt V.4.3.2.1.2 köper en person, S, som är ställföreträdare för t.ex. ett aktiebolag, egendom från det bolag han företräder. Egendomen traderas till S. Frågan blir då om det i detta läge finns skäl att inte medge S sakrättsligt borgenärsskydd till egendomen? I avsnitt V.4.3.2.1.3 skall den spegelvända situationen behandlas nämligen att S säljer egendom till bolaget.

18.3.2.1.2 Bolaget överför egendom till ställföreträdaren

I denna situation skall vi granska främst rättsfallen NJA 1958 s. 422 och mål nr. Ö 3863-98 från HD.

I NJA 1958 s. 422 var inte huvudfrågan vilken betydelse S:s ställföreträdarskap hade för det sakrättsliga borgenärsskyddet. Målet rörde istället främst frågan om huruvida S hade sakrättsligt borgenärsskydd till ett antal förlagsinteckningar som av misstag flyttats ur dennes besittning till ett av bolaget disponerat kassaskåp. Av intresse är emellertid att konkursförvaltaren gjorde gällande att någon tradition aldrig ägt rum. Detta motiverades med att S haft "...en absolut dominerande roll..." inom bolaget, att bolaget ansetts som hans "...enmansföretag..." samt att han varit verkställande direktör och styrelseledamot. Förvaltaren ifrågasatte dessutom om pantförskrivningarna alls varit "...allvarligt menade."⁵⁶¹ Ingen av instanserna godtog förvaltarens yrkanden i denna del. HD fastställde mycket kortfattat enbart att pantsättningen blev fullbordad i och med att tradition skedde av förlagsinteckningarna till S d.v.s. då dessa lagts i ett av S disponerat bankfack. Därefter fastställdes att S åtnjöt borgenärsskydd för sina inteckningar trots att de senare återkommit i bolagets besittning. Detta hade skett av misstag och utan S:s kännedom. I detta mål fann HD alltså inte alls att någon särskild hänsyn borde tas till S:s särskilda närståendeställning som ställföreträdare.

En liknande situation togs senare upp i RH 1990:116. I målet hade ett aktiebolag överlåtit en motorkryssare till S som var styrelseledamot och firmatecknare i bolaget. Motorkryssaren hade överförts till S såtillvida att den låg förtöjd vid S:s båtplats. Här hade båten emellertid varit förtöjd även då den tillhörde bolaget. Detta föranledde TR att fastställa att S ej erhållit ensam besittning till båten. Sakrättsligt verksamt tradition ansågs därför inte ha skett.⁵⁶² HovR tog, till skillnad från TR, utgångspunkt i S:s särskilda ställning i förhållande till bolaget för att förklara huruvida bolagets rådighet kunde anses avskuren. Det fastställdes att S inte hade uppnått sakrättsligt borgenärsskydd. S hade nämligen varit ensam firmatecknare i bolaget och alltså varit ställföreträdare för detta. "Vid detta förhållande har det enligt hovrättens mening inte varit möjligt att genom att överföra besittning av båten till...[S] ...skära av...[bolagets]...rådighet över båten."⁵⁶³ HovR synes i målet fäst helt avgörande vikt vid att S varit ställföreträdare i bolaget. Av domskälen kan man t.o.m. få intrycket att det aldrig kan uppnås ett sakrättsligt skydd vid avtal mellan ställföreträdare och bolag.

Den i RH 1990:116 inslagna kursen kritiserades hårt i doktrinen av bl.a. Håstad och Lindskog. Håstad menade att det väl var "...fantasifullt i överkant att företrädaren skulle i strid med köpeavtalet disponera över båten till förmån för bolaget..."⁵⁶⁴ När ställföreträdaren själv var köpare i avtalet "...borde man kunna bortse från säljarens rådighet via representanten..."⁵⁶⁵ Lindskog ställer sig, även han, frågande till varför S "...skulle disponera över båten i...[bolagets]...intresse i strid med sitt eget?"⁵⁶⁶ Varken Håstad eller Lindskog fäste någon större vikt vid målet och den allmänna åsikten synes varit att NJA 1958 s. 422 alltså gällde.⁵⁶⁷

⁵⁶¹ Se NJA1958 s. 422 (s. 425m).

⁵⁶² Se RH 1990:116 s. 336x.

⁵⁶³ Se RH 1990:116 s. 336y.

⁵⁶⁴ Se Håstad (2) s. 227n.

⁵⁶⁵ Se Håstad (2) s. 228ö.

⁵⁶⁶ Se Lindskog JT 19/92 s. 283 not 30 och not 35.

⁵⁶⁷ Se Håstad (2) s. 228ö och Lindskog JT 91/92 s. 283x.

Utslaget i NJA 1958 s. 422 bekräftas i en nyligen avgjord dom i HD. Omständigheterna i mål nr. Ö 3863-98 var i korthet följande: S lånade ut pengar till ett bolag med säkerhet i företagshypotek. Företagshypoteksbrevet överlämnades till S som förvarade detta i sin bostad. S var både ensam aktieägare i bolaget och styrelseledamot. Han var emellertid inte ensam i styrelsen utan denna bestod av ytterligare en person. S ägde själv teckna bolagets firma. Konkursförvaltaren menade att S saknade sakrättsligt borgenärsskydd till panten eftersom S företrädde pantsättaren. HD godtog emellertid inte det senare resonemanget. Det fastställdes att en rätt för panthavaren att företräda bolaget i sig inte hindrar att sakrättsligt borgenärsskydd erhålls. Efter detta allmänna uttalande inskränkte HD sina skäl till situationen i målet och fastställde att "... (å) tminstone i fall då den som har tagit emot panten själv är den avsedde panthavaren ... får bolaget som regel anses ha frånhänt sig rådgigheten..."⁵⁶⁸

18.3.2.1.3 Ställföreträdaren överför egendom till bolaget

Vad stadgar då gällande rätt om den motsatta situationen att S säljer in egendom till det bolag i vilket han också är ställföreträdare? Kan i detta fall tradition eller denuntiation medföra att bolaget medges sakrättsligt borgenärsskydd?

Det kan tyckas självklart att rättsordningen borde erkänna bolaget sakrättsligt borgenärsskydd i detta fall. Situationen är ju enbart spegelvänd i förhållande till den som behandlas av HD i mål nr. Ö 3863-98. Detta synes emellertid vara en förhastad slutsats i ljuset av rättsfallet RIC 50/93. Här hade S överlåtitt rätten att uppbära STIM ersättning till sitt helägda aktiebolag. Överlåtelsen rörde alltså ej traderbar lös egendom i form av en enkel fordran. Det sakrättsliga momentet var alltså denuntiation till gäldenären jml. 31 § 1 st. SkbrL. S denuntierade också mycket riktigt STIM om överlåtelsen. HovR uttalade inledningsvis att överlåtelsen var "... i princip bindande mellan parterna..."⁵⁶⁹ Man fastställde också att bolaget erhållit sakrättsligt skydd genom underrättelsen. Det påpekades dock att S var enda ägaren och att vederlag ej utgått till S för överlåtelsen. Därefter övergick HovR:s bedömning i en redogörelse för S:s faktiska makt över bolaget. HovR menade att S ensam disponerade "... över bolagets tillgångar och intäkter, och att han [uppbär] lön därifrån...". Vidare ansågs S när som helst kunna "... upphäva överenskommelsen...". HovR kom slutligen fram till att S aldrig avsett att överlåta sina rättigheter till bolaget och att det därför saknades "... partsavsikt..." i avtalsrelationen. Därför kunde överlåtelsen inte "... anses bindande ens mellan de avtalslutande parterna, i vart fall inte med den innebörd som bolaget hävdade...". Bolaget saknade i enlighet med detta sakrättsligt borgenärsskydd.

18.3.2.1.4 Diskussion och slutsatser

Vad kan vi då dra för slutsatser av ovan refererade praxis? Det torde, i och med mål nr. Ö 3863-98, stå klart att en ställföreträdare som själv köper traderbar egendom av det bolag som han företräder varefter tradition sker uppnår sakrättsligt borgenärsskydd. Avgörande är att ställföreträdaren mottar egendomen för egen del och inte för bolagets räkning. RH 1990:116 verkar alltså i detta avseende överspelat. Det kan påpekas att HD i sina skäl särskilt framhåver att det ej visats att S "... förbundit sig mot bolaget att på dess begäran återlämna hypoteksbrevet..."⁵⁷⁰ Möjligen ville HD med detta antyda att bolaget verkligen betagits det faktiska rådgighetsskenet till panten i det att man ej ägt återta hypoteksbrevet.

För den situationen att ställföreträdaren istället säljer egendom till bolaget blir bedömningen annorlunda i och med RIC 50/93. Rättsfallet synes fastställa en grundläggande skillnad gentemot det fallet att ställföreträdare köper egendom av bolaget. I det senare fallet kan vi lita på att köparen agerar i sitt eget intresse och inte som ställföreträdare. När ställföreträdaren istället är säljare kan motsvarande tillit inte fästas till bolagets iakttagande av sitt eget intresse som köpare. Hur skall nämligen ett bolag kunna ha ett egenintresse när säljaren även företräder och har makten över detta!

⁵⁶⁸ Se mål nr Ö 3863-98 s. 2y. (våra parenteser).

⁵⁶⁹ Se RIC 50/93 under Hovrättens bedömning.

⁵⁷⁰ Se HD:s skäl in fine.

Denna slutsats verkar vid första anblick självklart. Vi kan dock inte bortse från att de båda situationerna faktiskt är snarlika. Kan vi inte, i en situation där ställföreträdaren är köpare, tänka oss att denne faktiskt har ett egenintresse av att återge bolaget rådigheten. Ställföreträdaren kanske själv kommer på obestånd och vill rädda egendomen undan sina privata borgenärer. Är inte risken för bristande egenintresse hos ställföreträdaren, köparen, i denna situation lika stor som när bolaget är köpare och ställföreträdaren säljare?

Det kan tänkas att HovR i RIC 50/93 närmast ville bortse denna typ av egenintresse. Ett sådant egenintresse verkar inte alls ha effekt på bedömningen. I målet fanns faktiskt ett underförstått egenintresse för ställföreträdaren, S, att *inte upphäva avtalet*. Hade S, i målet, bortsett från bolagets intresse och låtit egendomen återgå till honom skulle ju egendomen ha tagits i anspråk av de privata borgenärerna. Skäl för ett sådant agerande fanns uppenbarligen inte. Frånvaron av egenintresse hos bolaget i målet reparerades dock inte av ett sådant intresse hos ställföreträdaren, säljaren, att behålla egendomen i bolaget. Verklig överlåtelseavsikt ansågs istället saknas mellan parterna. Kanske skulle motsvarande gälla när en ställföreträdare köper egendom från bolaget enbart för att frångå bolagets borgenärer egendomen.

Av detta följer att utgången i mål nr. Ö 3863-98 kanske blivit en annan om det enda intresset bakom affären varit att missgynna bolagets borgenärer.⁵⁷¹ Kanske skulle enbart ett sådant egenintresse hos köparen inte vara tillräckligt för sakrättsligt borgenärsskydd. Detta kan vi emellertid bara spekulera kring.

18.3.2.2 Dubbelt ställföreträdarskap

18.3.2.2.1 Partsförhållanden

I detta avsnitt skall vi behandla följande situation; S är ställföreträdare för två juridiska personer, ”huvudmän”. Dessa huvudmän rättshandlar med varandra under S:s ställföreträdarskap. S tillser att den överförda egendomen förvaras betryggande. Frågan blir då huruvida S:s *dubbla ställföreträdarskap* medför att rättshandlingen inte medges sakrättsligt borgenärsskydd för köpande/panthavande huvudman?

18.3.2.2.2 Gällande rätt i praxis

En situation av denna typ behandlas i praxis genom rättsfallet NJA 1972 s. 246. I målet hade ett aktiebolag pantsatt inteckningar till en stiftelse. Dessa inteckningar överlämnades för förvaring till S. S var emellertid företrädare för både bolaget och stiftelsen vid avtalslutet. I bolaget var han styrelseledamot med enskild firmateckningsrätt samt anställd. I stiftelsen var han kassör och sekreterare med rätt att teckna stiftelsens firma. Efter bolagets konkurs blev frågan huruvida sakrättsligt giltig panträtt uppkommit för stiftelsen? Trots att S förvarat inteckningarna i ett särskilt kassaskåp som i princip uteslutande brukades för hans privata egendom och stiftelsens egendom fastställde RR:n att panträtt ej uppkommit. S hade ”... varit företrädare för såväl...[bolaget]...som stiftelsen. Så länge han omhänderhaft inteckningarna, har byggnadsbolaget därför, oavsett om han haft för avsikt att hålla dem stiftelsen ensam tillhanda och oavsett om de av honom förvarats avskilda, icke frångått rådigheten över inteckningarna.”⁵⁷² Detta beslut fastställdes i både HovR och HD.

18.3.2.2.3 Diskussion och kommentar

Vad innebär NJA 1972 s. 246? Domskålen kan vid en första anblick tyckas klara. Man har ansett att bolaget fortfarande haft ett faktiskt rådighetssken till inteckningarna eftersom dubbelt ställföreträdarskap förelegat. Denna skenbara enkelhet döljer dock vissa problem.

⁵⁷¹ Kanske är det ett liknande resonemang som ligger till grund för underkännandet av ställföreträdarens köp i RH 1990:116? Precis som i RIC 50/93 fästs avgörande vikt vid att ställföreträdaren, köparen, ägt ”...disponera över bolagets egendom.”(Se RH 1990:116 s. 336y). I RH 1990:116 nämns emellertid inget om bristande partsavsikt.

⁵⁷² Se NJA 1972 s. 246 (s. 251y).

Inledningsvis bör uppmärksammas att det enda sakrättsliga moment som kan aktualiseras i denna situation är tradition. Det handlar inte om att tredje man innehar egendom vid avtalsslutet varvid denuntiation blir ett verksamt moment.⁵⁷³

Vad är det då som brister i det sakrättsliga momentet? Doktrinen åsikter går här isär. Lindskog är närmast av åsikten att domstolen *misstrott* S i målet och att kravet på sakrättsligt moment ställs högre i och med att S var dubbel ställföreträdare.⁵⁷⁴ Håstad däremot menar att domskälen är att tolka så att "...pansättningen inte manifesterats på något sätt utanför representantens hjärna..."⁵⁷⁵ Risken för efterhandskonstruktion var därför alltför stor för att sakrättsligt giltig panträtt skulle uppkomma. Håstad betonar alltså inte det dubbla ställföreträdarskapet i sig som avgörande. Vi skall närmare granska de olika inställningarna och skälen härför i avsnitt V.4.3.3.2 och V.4.3.3.3.

18.3.2.3 Vissa andra rättsfall rörande lojalitetskonflikter

I NJA 1989 s. 705 I och II hade ackordcentralen (AC) på grundval av ett avtal med en företagsinteckningshavare, B, erhållit rätt att avveckla pantsättarens verksamhet. Därvid skulle B:s rätt bibehållas genom upprättande av ett s.k. administrationskonto. Ett avtal hade ingåtts med gäldenären om att B skulle ha panträtt i dennes redovisningsfordran gentemot AC. AC ägde bruka medlen på kontot för bolagets avveckling så länge B:s rätt inte inskränktes. Det förelåg således dubbla lojaliteter för AC eftersom man agerade både för pantsättare och panthavare. HD ansåg inte att detta medförde några sakrättsliga implikationer. Det fastställdes att pantsättarens rådighet var avskuren i tillräcklig utsträckning eftersom AC "...haft att beakta inte bara...[pansättarens]...utan även företagsinteckningshavarnas intressen..."⁵⁷⁶ I fall I fastställdes förmånsrätt direkt till administrationskontot (surrogation). I fall II gjordes panträtt gällande i redovisningsfordran för AC och denna panträtt ansågs sakrättsligt fullbordad.

Ett annat rättsfall som kan vara värt att nämna här är NJA 1934 s. 416. I detta mål upplät ett bolag panträtt i vissa fordon till en utomstående. Dessa hade ställts in i ett av bolaget förhyrt garage som låsts med ett nyinförskaffat lås varefter nycklarna till detta överlämnats till en anställd till arbetsgivaren. Denne förband sig i pantavtalet att enbart utlämna fordonen till panthavaren och ej till bolaget. HD fastställde, dels att avtalet "...förbundit..." den anställda att iaktta panthavarens rätt dels att enbart arbetstagaren haft möjlighet att komma åt bilarna.⁵⁷⁷ Med hänsyn till detta ansågs det faktum att garaget hyrdes av bolaget väga tämligen lätt varför panthavaren medgavs sakrättsligt skydd.

18.3.3 Några teorier om uppdragstagare och ställföreträdare i doktrinen

18.3.3.1 Distinktionen självständig- och osjälvständig besittning

18.3.3.1.1 Utgångspunkter

Det sker, vid den närmare definitionen av besittningsbegreppet, ibland en distinktion mellan å ena sidan självständig- och å andra sidan osjälvständig besittning.⁵⁷⁸ En arbetstagare som använder och innehar arbetsgivarens verktyg anses således ha osjälvständig besittning till dessa.⁵⁷⁹ Det samma gäller för uppdragstagares innehav av egendom för viss huvudmans räkning. Det kan röra sig om t.ex. ett försäljningsuppdrag. Det avgörande för att besittningen blir osjälvständig är att mottagaren står i ett "...direkt

⁵⁷³ Helander tar upp NJA 1972 s. 246 på ett, i våra ögon, något märkligt sätt i ett avsnitt som han inleder med att tala om denuntiation till tredje man då denne innehar saken redan vid avtalet. Detta är knappast ägnat att skapa klarhet kring domskälen i fallet. Se Helander s. 388y f.

⁵⁷⁴ Se Lindskog, JT 91/92 s. 282m.

⁵⁷⁵ Se Håstad (2) s. 293m.

⁵⁷⁶ Se NJA 1989 s. 705 I s. 725ö.

⁵⁷⁷ Se NJA 1934 s. 416 (s. 420m).

⁵⁷⁸ Se Göranson s. 463n ff, Undén s. 40m f, Lindskog JT 91/92 s. 279.

⁵⁷⁹ Se Undén s. 40y.

beroendeförhållande...” till uppdragsgivaren.⁵⁸⁰ I avtalsförhållanden förutsätter detta att ”...handhavarens åtgärder direkt och omedelbart kan ses som utförda av huvudmannen själv.”⁵⁸¹

I detta sammanhang kan rättsfallet NJA 1987 s. 3 nämnas. Fallet rörde inte avtalsförhållande utan beroendeförhållande p.g.a. släktskap. HD ansåg i detta rättsfall inte en sons anspråk på sambesittning till en häst i vilken sonen köpt en andel vinna beaktande. HD angav som skäl mot sambesittning just att sonen”... på grund av sin underordnade ställning inte anses ha haft del i besittningen.”⁵⁸²

Kortfattat synes förhållandet innebära att tradition inte uppnås om detta sker till en person som efter överlämnande av egendomen vore att anse som osjälvständig besittare.⁵⁸³ Om A som anses vara uppdragstagare till B köper egendom av B kan alltså A inte uppnå tradition genom att själv ta saken i besittning. Vid dessa förhållanden skulle inte heller denuntiation till den som innehar egendom med osjälvständig besittning vara verksam.⁵⁸⁴ Denna personen kan ju aldrig betraktas som självständig tredje man då egen besittning ej föreligger. Låt oss istället ta exemplet att A ovan innehar egendom för B för att sälja denna. B säljer dock själv egendomen som A innehar till C. Eftersom A enbart har osjälvständig besittning till egendomen kan inte C uppnå sakrättsligt skydd genom denuntiation till denne. Istället måste här tradition ske till C.

18.3.3.1.2 Osjälvständig besittning för ställföreträdare?

Vi ser alltså att det vid olika typer av uppdragsförhållanden kan finnas skäl att pröva huruvida besittning är självständig.⁵⁸⁵ I vilka förhållanden kan då osjälvständig besittning aktualiseras? Vid anställningsförhållanden kan vi möjligen genom NJA 1934 s. 416 utgå ifrån att skäl inte finns för att generellt betrakta den anställdes innehav som osjälvständigt.⁵⁸⁶ Göranson påpekar emellertid att det i detta målet inte fanns ett tillräckligt beroende hos arbetstagaren eftersom enbart denne kunde disponera över det pantsatta.⁵⁸⁷

Kan osjälvständig besittning anses föreligga även vid ställföreträdarskap för t.ex. en pantavare? Rättsfallen NJA 1958 s. 422 och HD mål Ö 3863-98 tyder möjligen på att en ställföreträdare har självständig besittning enbart om denne själv är avtalspart.⁵⁸⁸ För det fall att ställföreträdaren inte själv varit avtalspart utan han agerat som dubbel ställföreträdare men innehar egendomen kunde alltså osjälvständig besittning tänkas föreligga. Inget nämns emellertid uttryckligen om detta i domskälen. NJA 1972 s. 246 bekräftar möjligen detta synsätt. Huruvida HD haft för avsikt att fastställa att ställföreträdarens besittning var osjälvständig är emellertid mycket osäkert. Att man inte accepterade ställföreträdarens avskilda förvaring som effektiv besittning kan emellertid tala för att detta var avsikten.

18.3.3.1.3 Diskussion och kommentar

Trots att praxis kan tolkas så att ställföreträdarens besittning är osjälvständig när denne inte handlar i strikt egenintresse anser vi att det finns skäl att ifrågasätta detta. Frågan vi måste besvara är varför HD i NJA 1972 s. 246 avslutar sina skäl med slutsatsen att rådighetsavskärande inte skett?⁵⁸⁹ Om HD avsett att pröva själva besittningsförhållandet vore det i och för sig inte osannolikt att domskälen inlets med att pröva t.ex. ställföreträdarens beroendeställning. Detta torde ju vara nödvändigt för att fastställa osjälvständig besittning. Det är emellertid högst märkligt att HD istället avslutar sin argumentation med en hänvisning till rådighetsavskärande om de fäst avgörande vikt vid besittningsförhållandet i sig. Vi kan alltså fastställa att det

⁵⁸⁰ Se Göranson s. 469x.

⁵⁸¹ Se Göranson s. 468x.

⁵⁸² Se NJA 1987 s. 3 (s. 13ö).

⁵⁸³ Se Göranson s. 464n, 465ö, 468m.

⁵⁸⁴ Se Lindskog s. 279m och not 19.

⁵⁸⁵ Jfr. a.a. s. 281m.

⁵⁸⁶ Se Lindskog s. 279 not 19.

⁵⁸⁷ Se Göranson s. 469x och not 17.

⁵⁸⁸ Se Göranson s. 469 not 17. Även Helander antyder en liknande tvivel. Se Helander s. 390ö (“...”uteslutande besittning”...”).

⁵⁸⁹ Se NJA 1972 s. 246 (s. 251y).

stöd praxis ger för att anse ställföreträdarens besittning som osjälvständig kan ifrågasättas. Överhuvudtaget måste vi lägga in mer i HD:s resonemang än vad som uttryckligen anges i domskälen om vi vill fastställa att osjälvständig besittning var avgörande.

I doktrinen har också kritik framförts av effekterna vid resonemang kring osjälvständig besittning. Göranson framhåller att det ovan framförda beaktandet av hur A:s förhållande till B ser ut inte är särskilt lyckat ur ändamålssynpunkt.⁵⁹⁰ Problemet är nämligen att osjälvständig besittning inte anses föreligga om A enbart är depositarie d.v.s. enbart *innehar* egendomen för B. Enligt Göranson är det olämpligt att göra det sakrättsliga skyddet beroende av vilket förhållande A har till B.⁵⁹¹ Lösningen som framhålls är att B genom sin "...försäljningsåtgärd förändrat rättsförhållandet till...[A]...".⁵⁹² När B säljer egendomen återtar denne ett uppdrag till A att sälja egendomen. Härigenom skall A anses som depositarie och alltså som självständig besittare. Även Lindskog kritiserar att uppdragstagare skall behandlas på annat sätt än depositarie.⁵⁹³ Han anser till skillnad från Göranson att denuntiatio till uppdragstagaren, A, skall accepteras som rådgivningsavskärning. Denna övertar plikten för A att iakttas säljaren, B:s, intresse. A blir "...rättsligt förpliktad att följa...[C:s]... instruktioner alldeles oberoende av rättsförhållandet med [B]!".⁵⁹⁴ Kritiken tyder alltså på att fastställande av osjälvständig besittning i alla fall inte bör ske p.g.a. avtalsförhållanden. Även om kritiken inte bekräftats i praxis synes den befogad. Varför skall en depositarie behandlas på ett annat sätt än t.ex. en fullmäktige?

Det skall här inskräpas att den kritik som Göranson anför inte helt säkert är tillämplig på fall där ställföreträdare för juridisk person är inblandad. Hela resonemanget bygger på att huvudmannen själv kan ingripa och t.ex. genomföra en försäljning. Detta är visserligen möjligt när en fysisk person anlitar en uppdragstagare. Detsamma gäller emellertid inte i t.ex. ett aktiebolag. Stämman kan, som framgått av vår tidigare analys i avsnitt III.3.2.2, helt enkelt inte företräda bolaget utåt.

På ett mera allmänt plan skall även framhållas att besittningsbegreppet i olika skepnader i både doktrin och praxis ansetts allt mindre väsentligt som beståndsdel i de sakrättsliga momenten. Istället har allt större fokus förflyttats till huruvida överlåtaren/pantsättarens rådgivning avskurits.⁵⁹⁵ Besittningsbegreppet har ansetts mångtydigt och svårdefinierbart och därför som olämpligt att fungera som grund för t.ex. traditionskravet.⁵⁹⁶

På grundval av detta tror vi inte att HD i t.ex. NJA 1972 s. 246 ville fastställa osjälvständig besittning hos ställföreträdare för det fall att de inte agerar i eget intresse. Det väsentliga torde inte vara vilken besittning viss företrädare eller representant har i sig utan huruvida den rättsliga och faktiska rådgivningen för överlåtaren/pantsättaren kan anses avskuren.⁵⁹⁷

18.3.3.2 Särskilt om s.k. "sakarättsligt misstroende"⁵⁹⁸

18.3.3.2.1 Utgångspunkter

I grunderna för tanken på sakrättsligt misstroende tillåts huvudsyftet med de sakrättsliga momenten närmast vara att betaga överlåtaren/pantsättarens möjligheter att *missbruka sin position* till nackdel för förvärvaren/pantthavaren.⁵⁹⁹

⁵⁹⁰ Se Göranson s. 465x.

⁵⁹¹ Se a.a. s. 465n.

⁵⁹² Se a.a. s. 466ö.

⁵⁹³ Se Lindskog JT 91/92 s. 280x.

⁵⁹⁴ Se a. st. Vi återkommer till betydelsen av denna plikt nedan.

⁵⁹⁵ Bl.a. Helander anför omfattande kritik av besittningsbegreppet. Se Helander s. 376y ff (särskilt s. 379m f). Även Håstad är kritisk till brukande av besittningsbegreppet utan klara definitioner. Se Håstad (2) s. 50y, 53m. Se även Folkesson s. 32y där rådgivningsavskärning betonas som det väsentliga. Doktrinen har uttryckligen fått stöd för sin inställning i bl.a. NJA 1996 s. 52. Se Walin, Panträtt s. 88y f.

⁵⁹⁶ Se Helander s. 377y f.

⁵⁹⁷ Se Walin, Panträtt s. 84x.

⁵⁹⁸ Termen "sakarättsligt misstroende" har införts av Stefan Lindskog i artikeln "Om sakrättsligt misstroende" i JT 91/92 s. 275.

När egendom skall *traderas* för att ge förvärvaren/panthavaren sakrättsligt borgenärsskydd sägs detta innebära att vi underförstått misstror överlåtaren/pantsättaren.⁶⁰⁰ Denne antas ju missbruka sin makt över egendomen om denna inte *traderas*. Trots att nyttjande av egendomen för eget bruk är brottsligt och kan medföra skadeståndsskyldighet räcker inte detta. Både den rättsliga och den faktiska förfoganderätten skall avskäras. Misstroendet för överlåtaren/pantsättaren anses därför ligga immanent i traditionskravet.⁶⁰¹

I denuntiationsfallet gäller i princip samma sak. När avtalet ingås har överlåtaren/pantsättaren *direkta rättsliga rådighet* avskurits. Risk finns dock att tredje man utlämnar egendomen till överlåtaren/pantsättaren innan meddelande givits honom om avtalet. Först i och med denuntiationen avskärs alltså överlåtaren/pantsättaren *indirekta rättsliga rådighet*. I och med detta blir ju tredje man skadeståndsskyldig om han utlämnar egendomen till denne. En berättigad fråga blir då; Erhålls sakrättsligt skydd alltid redan genom att rådigheten avskärs på detta sätt i denuntiationsfallet? Nej, enligt Lindskog bygger hela konstruktionen nämligen på att vi har en betrodd tredje man som iakttar förvärvarens/panthavarens intresse.⁶⁰² Först i och med detta saknar nämligen överlåtaren/pantsättaren varje form av faktiskt rådighetssken.⁶⁰³ Förtroende verkar emellertid kunna vändas till misstroende om lojalitetsbanden med överlåtaren/pantsättaren är betydande.

Teorin om sakrättsligt misstroende har alltså grundats av Lindskog. Viktigt att påpeka är att han, även om han påvisat fenomenet, närmast uppfattar det som orimligt att vissa subjekt skall misstras.⁶⁰⁴ Han frågar sig om "...det är en rimlig ordning att låta hypotetisk redlighet vara vattendelare mellan anspråk...".⁶⁰⁵ Vilka närstående personer är det då som misstras av rättsordningen? Lindskog tar upp två grupper, dels *uppdragstagare* dels *ställföreträdare*. För *uppdragstagares del* pekar han bl.a. på det faktum att uppdragstagare som innehar egendom för överlåtaren/pantsättaren inte alltid anses ha en självständig besittning.⁶⁰⁶ Redan i avsnitt V.4.3.3.1.3 framförde vi Lindskogs åsikt att man i dessa fall istället borde se till uppdragstagarens plikt att efter en denuntiation iaktta förvärvarens/panthavarens intresse.⁶⁰⁷ Detta är en rättslig plikt som man får förutsätta att uppdragstagaren inte bryter mot. Eftersom denna plikt i gällande rätt inte torde ha denna verkan måste rättsordningen anses objektivt misstro denne.

Hur ser då misstroendet ut för *ställföreträdare*?⁶⁰⁸ I detta avseende tar sig misstroendet, enligt Lindskog, särskilt uttryck i det ovan refererade rättsfallet NJA 1972 s. 246. Lindskog menar att detta fall kan tolkas så att själva relationen, dubbelt ställföreträdarskap, var avgörande för utgången. HD misstrodde helt enkelt ställföreträdaren i det att denne antas bryta mot sin plikt att som förvarare av panten iaktta panthavarens intresse.⁶⁰⁹ Misstroendet för pantsättaren smittade ställföreträdaren. Man brydde ju sig i målet inte om att in-teckningarna överlämnats till ställföreträdaren och hållits avskilda. Inte heller ansåg man sig kunna fästa vikt vid ställföreträdarens avsikt att agera i panthavarens intresse. Detta, enligt Lindskog, trots att agerande i strid med panthavarens intresse hade medfört skadeståndsskyldighet. Instanserna bortsåg alltså från ställföreträdarens rättsliga plikt i detta avseende. Denna var inte garanti nog. Lindskog hämtar även stöd i doktrin för att ställföreträdarens rättsliga plikt att agera i panthavarens intresse inte beaktas i sakrättsliga sammanhang. Här upptas Göransson's analys av NJA 1972 s. 246 som exempel.⁶¹⁰ Göransson menar att rättsfallet fastställer att man i

⁵⁹⁹ Även om Lindskog inte avsett att diskutera syftena bakom de sakrättsliga momenten (Lindskog s. 275m) när han införde tanken på sakrättsligt misstroende får de reella verkningarna av resonemangen denna verkan. Se Lindskog JT 91/92 s. 277x, 278y. Här fastställer Lindskog att överlåtare/pantsättare misstras genom de krav som uppställs på avskuret rådighetssken som uppställs i de sakrättsliga momenten.

⁶⁰⁰ Se avsnitt V.4.3.2.2.3 ovan.

⁶⁰¹ Se Lindskog JT 91/92 s. 277x.

⁶⁰² Se Lindskog JT 91/92 s. 278m.

⁶⁰³ Se a.a. s. 279x.

⁶⁰⁴ Lindskog fastställer t.o.m. själv att han nog måste ha missförstått gällande rätt. (Se a.a. s. 275n).

⁶⁰⁵ Se a.a. s. 285ö.

⁶⁰⁶ För mer ingående beskrivning av detta förhållande se avsnitt V.4.3.3.1.1 ovan.

⁶⁰⁷ Se Lindskog JT 91/92 s. 280x.

⁶⁰⁸ Se a.a. s. 281m. Som vi sett ovan anser vi att praxis nog inte kan tolkas i denna riktning. Vi återkommer emellertid till detta nedan.

⁶⁰⁹ Se a.a. s. 282n.

⁶¹⁰ Se a.a. s. 281 not 25.

svensk rätt inte kan "...lita till en och samma ställföreträdarens viljeinriktning..." när borgenärsskydd provas.⁶¹¹ Därefter framhåller han att detta beror på just att "...det stått...[ställföreträdaren]...fritt att disponera över egendomen..." i syfte att gynna pantsättaren. Göranson anser alltså inte att någon sakrättslig relevans kan ställas till plikten att iaktta panthavarens intresse. Nära till hands ligger naturligtvis att tolka Göransons redogörelse som ett sakrättsligt misstroende vilket Lindskog också gör.

18.3.3.2.2 Diskussion och kommentarer

Vi vill först påpeka att de sakrättsliga momenten tradition och denuntiation inte kan anses motiverade av misstroende mot den som överlåter eller pantsätter. Anser vi detta bortser vi uppenbarligen från att huvudsyftet med sakrättsliga moment är att skapa en avvägning mellan borgenärsintressen. Utgångspunkterna för teorin om sakrättsligt misstroende, som vi redogjort för ovan i avsnitt V.4.3.3.2, är således enligt vår uppfattning missvisande. Om det i sakrätten fanns ett sådant underliggande misstroende till överlåtaren/pantsättaren skulle vi få mycket svårt att förlika oss med t.ex. NJA 1956 s. 485 och NJA 1995 s. 367 I och II. I båda fallen kunde pantsättaren enkelt missbruka sina plikter mot panthavaren utan att detta i någon utsträckning upptogs av HD som ett skäl mot skyddad panträtt.

Kan vi då finna särskilda skäl att resonera kring misstroende vid transaktioner där t.ex. ställföreträdare är inblandade. Det är mycket möjligt att en rimlig intresseavvägning kräver detta. Inledningsvis skall dock påpekas att den inom sakrätten mest accepterade inställningen är att olika typer av närstående förhållanden inte kan tillåtas i sig inverka på möjligheterna att erhålla sakrättsligt skydd.⁶¹² Vi skall nedan granska möjligheten att tolka NJA 1972 s. 246 på ett sätt där misstroende inte blandas in. Här skall enbart några allmänna synpunkter angående misstroendeperspektivet tas upp. Perspektivet bygger alltså på en tolkning av praxis och förutsätter att vi i gällande rätt skall genomföra *en särskild rådighetsbedömning i just situationer då personerna som är inblandade är, i viss mening, närstående*. Det kan emellertid likväl tänkas att praxis genomför en helt *vanlig rådighetsbedömning men att rådigheten sällan är avskuren mellan närstående personer*. Det är alltså inte säkert att införandet av begreppet "misstroende" alls förklarar utgången i t.ex. NJA 1972 s. 246.

Lindskog motiverar alltså tanken på misstroendet med att gällande rätt ignorerar att t.ex. en dubbel ställföreträdare som innehar en sak, vilken pantsats av en huvudman till en annan huvudman, primärt är förpliktad att iaktta den senares intresse. Dennes intresse tar över i förhållandet. Detta argument är väl i sig helt oklanderligt och ligger väl i linje med att denuntiation över huvud taget kan verka rådighetsavskärmande när fråga är om en fristående tredje man. I det senare fallet anses ju 31 § 1 st SkbrL förhindra tredje man, vid skadeståndsskyldighet, att lämna egendomen åter till pantsättaren. Även om HD i NJA 1972 s. 246 kanske implicit underkänner sakrättslig verkan hos ställföreträdarens skadeståndsskyldighet gentemot panthavaren har HD emellertid inte uttryckligen uttalat att detta var ett skäl till utgången i målet.

Ett ytterligare problem med misstroendeperspektivet är att söka utmejsla vilken närståendegrupp som skall misstros. Ovan har vi tagit upp NJA 1989 s. 705 I och II. I detta mål misstrodde inte AC; Varför inte? Inte heller misstrodde den anställde i NJA 1934 s. 416. Att söka fastställa de närståendekriterier som skulle gälla för misstroende verkar stöta på i det närmaste oöverstigliga problem eftersom praxis synes splittrad. En analogi med t.ex. 4:3 KL är väl helt uteslutet.⁶¹³ Finns det ingen närståendekrets, finns det emellertid inte längre något objektivt i ett eventuellt misstroende från rättsordningens sida. Tror vi trots detta att misstroende är förklaringen till gällande rätts utseende finns enbart det alternativet att detta bygger på bedömningar av subjektiv trovärdighet hos t.ex. en ställföreträdare. Det verkar emellertid inte som om HD ville tillåta ett sådant subjektivt hänsynstagande i NJA 1972 s. 246. I skälen angavs ju explicit att det ej togs någon hänsyn till huruvida ställföreträdaren haft för *avsikt* att iaktta panthavarens intresse eller ej.

⁶¹¹ Se Göranson s. 567ö.

⁶¹² Se t.ex. Helander s. 413y. Jfr. Håstad (2) s. 293y.

⁶¹³ Reglerna om återvinning i 4 kap. KL inträder ju först om sakrättsligt skydd föreligger. Att utsträcka dess regler att gälla även vid själva bedömningen av sakrättsligt skydd synes därför orimligt.

18.3.3.3 Kan sakrättsligt misstroende undvikas?

18.3.3.3.1 Utgångspunkter

Åsikten att det i gällande rätt existerar ett s.k. sakrättsliga misstroende kan och bör enligt Lindskog själv ifrågasättas⁶¹⁴. Ett försök till detta gör Håstad. Han synes inte vilja blanda in något misstroende av närstående i det sakrättsliga momentet. Håstad menar att "...representantskap för eller anställning hos pantsättaren inte i sig bör utesluta fullbordad pantsättning...".⁶¹⁵ Praxis skall alltså inte uppfattas så att det kan urskiljas en särskild grupp av närstående som rent objektivt misstros i sakrättsligt hänseende. Håstad synes närmast anse att en helt vanlig rådhetsbedömning skall göras men att rådhets sällan är avskuren mellan vissa närstående personer.

En lämplig utgångspunkt för att klargöra denna alternativa tolkning är ovan behandlade NJA 1972 s. 246. Det är nämligen i analysen av detta rättsfall som Håstads uppfattning kommer i dagen. Han anser att "... (d) e vidsträckt formulerade domskälen bör tas med en nypa salt."⁶¹⁶ Han framför därefter vad som närmast får betraktas som ett kategoriskt förtroende till tredje man att tillvarata förvärvares/panthavares intresse.

Utgångspunkt för detta tas just i att en representant ådrar sig "...skadeståndsskyldighet emot panthavaren om han på begäran av pantsättaren återlämnar panten till denne."⁶¹⁷ Medan Lindskog menar att HD faktiskt verkar bortse från ställföreträdarens plikt att iaktta panthavarens intresse menar Håstad tvärt om att redan denna plikt medfört att överlåtarens/pantsättarens rådhets är avskuren. Effekten blir att Håstad närmast verkar hysa åsikten att närståendesituationen inte alls inverkat på målets utgång. Håstad menar istället att det avgörande varit att tillräcklig *manifestation* inte skett av pantsättningen.⁶¹⁸

Håstads syn på NJA 1972 s. 246 verkar i princip godtas även av Walin som fastställer att det avgörande i målet synes varit att det "...inte skett någon kontrollerbar markering av att pantsättaren fränhänt sig rådhetsen...".⁶¹⁹

Godtar vi Håstads åsikt får vi först konstatera om rådhetsavskärning skett genom att granska ställföreträdarens skadeståndsansvar. Därefter får vi se på om omständigheter i de enskilda fallet medför att tillräcklig *manifestation* uppnås.

18.3.3.3.2 Diskussion och kommentar

Som vi ser i redogörelsen av Håstads sätt att tolka NJA 1972 s. 246 och gällande rätt tar han i viss mån utgångspunkt i samma grundförutsättning som Lindskog för att förklara utgången. Ställföreträdarens rättsliga plikt att hålla panthavaren skadelös utgör nämligen ett grundargument. Till skillnad från Lindskog anser Håstad dock inte att HD:s tystnad i detta avseende innebär att det inte fästs någon sakrättslig vikt vid denna plikt. Avgörande var den bristande manifestationen. Kan vi verkligen finna stöd för denna tolkning i HD:s domskäl? Nej, och det är väl därför Håstad anser att domskälen skall tas med en nypa salt.⁶²⁰ HD framför uttryckligen i domskälen att rådhetsen inte ansetts avskuren i målet och inte någonstans anges att huvudskälet var bristande manifestation av pantsättningen.

18.3.4 Sammanfattning och slutsatser

Vad är det då som slutligt avgör när en ställföreträdarens närståendeställning utgör ett hinder för sakrättsligt skydd? Ovan har vi granskat tre delvis olika sett att analysera frågan. Inget av

⁶¹⁴ Se Lindskog JT 91/92 s. 285x.

⁶¹⁵ Se Håstad (2) s. 293y.

⁶¹⁶ Se a.a. s. 293x.

⁶¹⁷ Se a.st.

⁶¹⁸ Se a.a. s. 293m.

⁶¹⁹ Se Walin, Panträtt s. 84y.

⁶²⁰ Även Walin framhåller att en tolkning där manifestationen betonas framkommer först om man "...fritt bedömer situationen med hänsyn till alla omständigheter...". Vad denna fria bedömning av rättsfallet bygger på för omständigheter anges emellertid inte. Se Walin, Panträtt s. 84y.

synsätten kan emellertid ligga till grund för en fullständig förklaring av skälen till gällande rättsläge. Det finns flera problem att lösa.

Vad gäller synsättet att osjälvständig besittning skulle föreligga så snart överföring sker mellan en huvudman och dess ställföreträdare anser vi detta väga ganska lätt. Praxis och doktrin tyder på att tilltro knappast kan fästas till att detta skulle gälla.

Kan vi då, som Linskog för fram, karaktärisera gällande rätt som ett misstroende mot ställföreträdare och möjligen vissa andra? Ser vi inledningsvis enbart på tolkningen av NJA 1972 s. 246 finner vi vid en jämförelse mellan Linskogs och Håstads tolkningar att Linskogs tolkning nog har mest skäl för sig. HD anger uttryckligen att pantsättarens rådighet inte var avskuren i och med överlämnandet av egendomen till ställföreträdaren. Vad är det för rådighet HD hänvisar till om inte den att pantsättaren anses kunna beordra tillbaka egendomen? Möjligen kan situationen liknas vid den i NJA 1996 s. 52 där pantsatta löpande skuldebrev lämnats från pantsättaren till öppet förvar i en bank. Eftersom pantsättaren hela tiden kunde återta besittningen till skuldebrevens ansågs faktiskt rådighetsavskärning inte ha skett.⁶²¹

Håstads betoning av att manifestation inte skett vinner inte stöd i målet. Till stöd för att manifestation nog inte är av avgörande vikt vid transaktioner med ställföreträdare kan även anföras NJA 1958 s. 422. Ställföreträdaren i målet förvarade förlagsinteckningar i sitt privata kassafack som någon gång även brukats för pantsättarens värdehandlingar. I målet var visserligen fråga om effekten av att inteckningarna av misstag återförts till pantsättaren. Som ett led i denna prövning krävdes dock att HD upptog frågan om panträtt alls uppkommit. Trots att någon vidare manifestation inte skett ansåg HD att förvaringen i det privata kassafacket var tillräckligt för fullbordad panträtt. Förvaringen liknar i hög grad den som förelåg i NJA 1972 s. 246. För oss framstår det som svårt att se varför HD i NJA 1972 s. 246 skulle ansett bristande manifestation vara avgörande för utgången i målet utan att uttryckligen ta upp detta. Inte heller i något av rättsfallen HD mål 3863-98 och RIC 50/93 tas manifestationen upp till diskussion. Vore det av särskild vikt att manifestation sker när ställföreträdare är inblandade ligger nära till hands att anta att domstolen skulle uppta detta. Vi är därför benägna att godta Linskogs tolkning att rådighetsavskärning inte ansetts föreligga och vid detta förhållande finns inte mycket annat att göra än att fastställa att domstolen nog misstrott ställföreträdaren.

Vi finner alltså att *teorin om sakrättsligt misstroende* har viss bärkraft vid tolkningen av NJA 1972 s. 246. I ljuset av bl.a. NJA 1989 s. 705 I och II samt NJA 1995 s. 367 I och II torde det emellertid vara svårt att utsträcka denna tolkning till en vidsträckt princip om misstroende.⁶²²

Trots den betydande rättsosäkerheten kan vi alltså möjligen fastställa:

1. Att skäl för misstroende saknas när ställföreträdaren själv köper något från sin huvudman,
2. Att skäl för misstroende kan finnas när ställföreträdaren säljer egendom till huvudmannen,
3. Att skäl för misstroende kan finnas när ställföreträdare för både överlåtare/pantsättare och förvärvare/panthavare innehar egendomen.

Osäkert är emellertid hur långt effekterna av NJA 1972 s. 246 kan tillåtas gå. I rättsfallet var det ställföreträdaren som förvarade inteckningarna. Frågan är emellertid hur saken skulle bedömts om ställföreträdaren lagt inteckningarna i panthavarens (stiftelsens) kassaskåp. Hade effektivt rådighetsavskärning uppnåtts gentemot stiftelsen i detta läge? Ställföreträdaren kanske även fortsättningsvis har möjlighet att låta egendomen gå åter. Detta spörsmål skall vi nu granska inom ramen för koncernen.

18.4 Sakrättsligt skydd vid koncerninterna transaktioner

18.4.1 Inledning

I detta avsnitt skall vi alltså närmare granska förutsättningarna för sakrättsligt borgenärsskydd vid koncerninterna transaktioner.⁶²³ Huvudfrågan blir om och hur moderbolagets särskilda ställning inom koncernen påverkar bedömningen av sakrättsligt skydd för koncerninterna transaktioner. Redan inledningsvis skall påpekas att det inte finns några särskilda sakrättsliga lagregler i ämnet. Vi vill också redan här påpeka att just sakrättsligt

⁶²¹ För mer ingående redogörelse av NJA 1996 s. 52 se avsnitt V.4.2.2.2.2.

⁶²² Se om den närmare redogörelsen av dessa rättsfall i avsnitt V.4.2.2.3.3, V.4.3.2.2, V.4.3.2.3.

⁶²³ För en närmare definition av begreppet se avsnitt V.4.2.1 ovan

borgenärsskydd mellan koncernbolag aldrig prövats i allmän domstol.⁶²⁴ Även i doktrinen har spörsmål kring sakrättsligt skydd inom koncerner behandlats sparsamt och uttalandena är spridda och ofta svårtolkade. Även om doktrinen givetvis ger viss ledning får vi således i hög grad ta utgångspunkt från vad som allmänt gäller för fullbordade sakrättsliga moment. Vidare kan vi få viss ledning från ovan behandlade praxis kring ställföreträdarskap.

Den huvudsakliga undersökningen kommer att inriktas på äkta koncernbildningar men vissa påpekanden kommer även att göras angående oäkta koncerner.

18.4.2 Doktrinen behandling av koncerninterna transaktioner

18.4.2.1 Inledning

Hur ser då doktrinen behandling av de sakrättsliga problemen vid koncerninterna transaktioner ut? Doktrinen ger som sagt en splittrad bild i detta avseende. Inledningsvis skall uppmärksammas att ingen inom doktrinen ger någon helhetssyn på problematiken. Något som försvårar granskningen av doktrinen är att denna främst behandlar fall av pantsättning. Som vi redan påpekat i avsnitt V.4.2.2.1 gäller till stor del samma krav på själva rådighetsavskärandet för både pantsättning och överlåtelse. Hos vissa författare behandlas transaktionerna helt utan angivande av huruvida det är pantsättning eller överlåtelse som avses.⁶²⁵

I vissa avseenden är kraven för fullbordad pantsättning strängare än vid överlåtelse. För överlåtelse gäller ju t.ex. inte något krav på bestående rådighetsavskärande. Denna aspekt medför emellertid inte att någon annorlunda bedömning skall ske av huruvida rådighetsavskärande alls uppkommit. Se vidare avsnitt V.4.4.2.5.1 nedan.

För att få struktur på doktrinen redogörelse måste vi skilja mellan å ena sidan *rättshandlingar från moderbolag till dotterbolag* och *rättshandlingar från dotterbolag till moderbolag*.

18.4.2.2 Rättshandlingar från moderbolag till dotterbolag

Inom doktrinen finns det närmast två olika inställningar till möjligheterna att vinna sakrättsligt skydd vid överlåtelse och pantsättning av lös egendom när detta sker från moderbolag till dotterbolag. Vissa menar att sakrättsligt borgenärsskydd uppnås redan genom att det sakrättsliga momentet på vanligt sätt uppfylls. Andra hävdar att vanlig tradition eller denuntiatio inte kan anses tillräckligt för att skapa detta skydd. Precis som det råder oenighet om huruvida ställföreträdare kan anses misstrodda utom koncernförhållanden finns inom doktrinen en i viss mån liknande meningsskillnad i koncernförhållanden.

Låt oss ta det exemplet att ett moderbolag har en skuld gentemot sitt dotterbolag. För denna förpliktelse utställer moderbolaget en pant i viss lös egendom. Det normala sakrättsliga momentet är då alltså tradition. Egendomen överförs sålunda till dotterbolaget. Har härmed moderbolagets faktiska rådighetssken avskurits? Vad säger doktrinen om detta?

18.4.2.2.1 Vanlig bedömning av det sakrättsliga momentet

Både Göranson och Walin synes anse att pantträtt normalt uppkommit i vårt exempel. Vi skall inleda med att se på Göransons motiv härför. Argumentationen är något svår att följa då den är uppsplittrad i arbetet. Utgångspunkt synes Göranson emellertid vilja ta i distinktionen kring självständig respektive osjälvständig besittning. Han framhåller att dotterbolag knappast kan anses stå i ett sådant "...förhållande av subordination..." att den egendom det innehar skall anses innehavd med osjälvständig besittning.⁶²⁶ Härför är "...befälslinjerna allt

⁶²⁴ Se Håstad (2) s. 228x. Att vi använder uttrycket allmän domstol är för att saken kommit upp till prövning vid kommissionärsförhållande i skiljedomen 1988 angående konkurserna i Salénrederierna. Domen rör mycket speciella förhållanden och kommer inte att behandlas särskilt inom ramen för denna uppsats.

⁶²⁵ Göranson gör ingen strikt sådan åtskillnad. Se Göranson s. 567x. Hos Folkesson uttrycks inte heller någon strikt åtskillnad. Han använder istället termen "...ändamålsenliga affärer..." i sin redogörelse. Se Folkesson s. 190y.

⁶²⁶ Se Göranson s. 464 not 2.

för utdragna...".⁶²⁷ När Göranson senare återknyter till koncernförhållanden fastställs att vid t.ex. pantsättning av lösöre uppkommer inga problem så länge moder och dotterbolag inte har samma lokaler. Sker sålunda transport mellan två lokaler är detta tillräckligt för att panträkten skall erkännas. Påverkan sker då inte längre av att "...det "i toppen" sitter personer som företräder båda parter."⁶²⁸ Viss osäkerhet framhålls dock för det fall att ställföreträdare för moderbolaget även fortsättningsvis kan "...disponera över saken...".⁶²⁹ I det läget anser Göranson att tradition nog inte uppfyllts varvid det torde bli svårt att uppnå skyddad panträtt i exemplet ovan. Någon närmare innebörd av detta uttalande ger dock Göranson inte. Vi kan alltså inte fastställa när Göranson är benägen att betrakta moderbolagets ställföreträdare som alltjämt disponerande.

Walin å sin sida grundar sin inställning på det formella förhållandet att dotterbolags ställföreträdare alltid har att ta tillvara dotterbolagets intressen även gentemot moderbolaget. Detta innebär enligt Walin att moderbolaget inte kan beordra ett dotterbolag att t.ex. återställa utgiven pant. Skulle moderbolaget uttrycka ett sådant "önskemål" skall ställföreträdarna i dotterbolaget "...självständigt pröva huruvida det är förenligt med dess ansvar mot egna borgenärer...".⁶³⁰ Detta innebär att panträkten i exemplet ovan är gällande ända tills ställföreträdarna i dotterbolaget verkställt ett sådant beslut d.v.s. när panten faktiskt återlämnats. Om dotterbolaget återställer panten sker detta närmast frivilligt och att panthavare kan återställa egendom frivilligt anses inte medföra att pantsättarens faktiska rådighetssken kvarstår.

18.4.2.2.2 Särskild bedömning av det sakrättsliga momentet

En mängd författare skulle inte utan vidare medge att giltig panträtt uppkommit i vårt exempel ovan. Vi kan här inleda med att beröra Rodhes syn på förhållandet. Han inleder med att fastställa att traditionskravet innebär att pantsättarens rådighet skall vara avskuren "...på ett sådant sätt, att denne inte kan när han så skulle önska återtaga panten."⁶³¹ Rodhe synes här tala om det vi ovan betecknat som faktiskt rådighetssken eftersom panten uppenbarligen inte längre befinner sig hos pantsättaren. Det förhållandet att traditionen innefattar detta krav anser Rodhe innebära att pantsättningen i exemplet ovan inte medför skyddad panträtt. Moderbolaget kan nämligen "...när som helst beordra dotterbolaget att återlämna panten."⁶³² Här måste emellertid enligt Rodhe införas ytterligare ett påpekande. Den anförda möjligheten för moderbolaget kvarstår nämligen enbart så länge "...dotterbolagets ekonomiska ställning är god...".⁶³³ Rodhe påpekar dock att vägledande praxis saknas. Rodhes syn på det sakrättsliga skyddet inom koncerner delas av Helander.⁶³⁴

Håstad synes delvis dela Rodhes syn på saken.⁶³⁵ Håstad vill emellertid för egen del tillägga att själva anledningen till att erkänna fullbordad panträtt när dotterbolagets ekonomiska ställning hotas är att ställföreträdarna i dotterbolaget blir skadeståndsskyldiga genom att de när de återlämnar panten bryter mot 12:2 ABL.⁶³⁶

Lindskog delar inte riktigt Rodhes och Helanders redogörelse ovan. Vid första anblick verkar Lindskog närmast dela Walins inställning ovan och han fastställer att dotterbolaget har en "...förpliktelse mot sig själv" att vårda panten."⁶³⁷ Denna plikt får dock betydelse först om återlämnande kan anses *borgenärsskadligt enligt 12 kap ABL* vilket förutsätter att utdelning kan anses föreligga. Det räcker alltså inte att fastställa att dotterbolagets ekonomiska ställning försämras utan det krävs:

⁶²⁷ Se a.st.

⁶²⁸ Se Göranson s. 567m.

⁶²⁹ Se a.st.

⁶³⁰ Se Walin, Panträtt s. 79x.

⁶³¹ Se Rodhe Sakrätt s. 392y.

⁶³² Se a.st.

⁶³³ Se a.st.

⁶³⁴ Se Helander s. 388y.

⁶³⁵ Se Håstad (2) s. 293y. Håstads mening är i viss mån oklar men hänvisningen till Rodhe utan några kritiska synpunkter synes tyda på ett accepterande av dennes syn med de angivna redigeringarna.

⁶³⁶ Se Håstad (2) s. 293n.

⁶³⁷ Se Lindskog JT 91/92 s. 282ö.

1. att dotterbolaget inte kan antas få fullt betalt för sin fordring mot modern⁶³⁸ och,
2. att denna brist inte ryms inom utdelningsbart belopp i 12:2 ABL.⁶³⁹

Först i detta läge är således panträtten, enligt Lindskog, sakrättsligt fullbordad.⁶⁴⁰ 12 kap ABL hindrar här ställföreträdare från att åstadkomma en återgång av panten.

18.4.2.3 Rättshandlingar från dotterbolag till moderbolag

Låt oss nu se hur doktrinen behandlar den situationen att ett dotterbolag med skulder hos sitt moderbolag utställer en pant till moderbolaget. Denna traderas. Får det förhållandet att bolagen ingår i samma koncern någon betydelse vid bedömningen av om pantträtt fullbordats i denna situation?

Uttalandena i doktrinen om denna relation är svårlokaliserade. Den allmänna åsikten synes vara att sakrättsligt fullbordad pantträtt skall erkännas i detta fall.⁶⁴¹ Anledningen härtill är att dotterbolagets ställföreträdare inte har någon makt att återkalla en pant från moderbolaget.⁶⁴² Visserligen kan moderbolaget givetvis av egen vilja lämna åter panten till dotterbolaget. Att en panthavare kan agera på detta sett anses dock inte inverka på pantträtten i sig. Här synes alltså argumenten hos de som förespråkar vanligt sakrättsligt moment vid koncerninterna transaktioner och de som kräver en särskild bedömning sammanfalla.⁶⁴³

18.4.2.4 Betydelsen av bruket av identiska ställföreträdare?

Vi har, i avsnitt III.4.5.2.2.4, ovan sett att jävsreglerna i 8:20, 28 ABL möjliggör att i princip bruka samma ställföreträdare inom alla bolag i en koncern. Vi har i avsnitt III.4.5.2.2 angående organiserande av kontroll i koncerner också sett att det inte är någon ovanlighet att koncernbolagens ledningar består av till stor del identiska ställföreträdare. Moderbolaget och koncernledningen kan på detta sätt säkerställa sin maktposition i koncernen.⁶⁴⁴ Vad har då detta faktum för sakrättsliga implikationer? Nära tillhands ligger givetvis en återblick på den praxis angående misstroende av ställföreträdare som vi diskuterat i föregående avsnitt. Borde inte de resonemang som tillämpats i de fallen vara applicerbara på koncernsituationer?

I fallen NJA 1958 s. 422, RH 1990:116 och Ö 3863-98 rör frågan om sakrättsligt skydd fall då en fysisk person rättshandlar med en juridisk person i vilket han är ställföreträdare. Vid koncerninterna transaktioner rättshandlar emellertid två juridiska personer med varandra. Detta gäller alltid i äkta koncerner men även i alla oäkta koncerner där inte en fysisk person är direkt ägare och rättshandlar med ett av sina bolag.⁶⁴⁵ När två juridiska personer skall rättshandla sinsemellan krävs givetvis att detta sker genom ställföreträdares agerande på bägge sidor. Ställföreträdaren rättshandlar här alltså inte med utan för aktiebolaget. Eftersom anförda rättsfall enbart behandlar när ställföreträdare rättshandlar med aktiebolaget ger dessa ingen direkt ledning för koncerninterna transaktioner.

I mål Ö 3863-98 uttryckte HD emellertid som ett avgörande skäl, för att sakrättsligt borgenärsskydd skulle uppkomma, att ställföreträdaren, som tar emot panten, "...själv är den avsedde panthavaren.". Då anses nämligen ställföreträdaren ha ett egenintresse att inte lämna ut panten till sin huvudman. Gjorde han det skulle han ju skada sig själv genom att pantträtten upphör. Detta uttalande har e'contrario betydelse inom koncerner. Ett sådant egenintresse som HD talar om kan nämligen inte tillskrivas någon av två juridiska personer som rättshandlar

⁶³⁸ Detta krav för att utlåning skall betraktas som utdelning sedan länge gällande. Se Andersson (2) s. 70m, NJA 1951 s. 6 I och II, 1976 s. 618, NJA 1990 s. 343, NJA 1980 s. 311.

⁶³⁹ Se avsnitt V.3.2.3.

⁶⁴⁰ Se Lindskog JT 91/92 s. 282x.

⁶⁴¹ Märkligt är att doktrinen nästan enbart upptar transaktioner i en riktning d.v.s. från moder- till dotterbolag. Ingen gör tydligen anspråk på att försöka ge en heltäckande bild över de sakrättsliga problemen i koncerner även om Rodhe (i alla fall implicit) upptar båda transaktionsriktningarna. Se Rodhe Sakrätt s. 392n.

⁶⁴² Håstad menar att det just den situation då ett moderbolag pantsätter egendom till sitt dotterbolag skall behandlas särskilt eftersom dotterbolaget är skyldigt att "...på begäran av pantsättaren återlämna panten...". Se Håstad (2) s. 293y.

⁶⁴³ Jfr. Walins syn på saken i avsnitt 4.4.2.2.1 ovan.

⁶⁴⁴ Se särskilt avsnitt III.4.5.2.2.4.

⁶⁴⁵ I det fallet att vi har en oäkta koncern är det givetvis inte fråga om en koncernintern transaktion i egentlig mening. De former av koncerninterna transaktioner som vi redogjort för ovan kan emellertid ofta brukas.

med varandra. Ställföreträdarna som rättshandlar handlar inte i sitt eget intresse utan i den juridiska personens intresse. Samtidigt kan en juridisk person inte rättshandla utan sina ställföreträdare. Det akuta ställföreträdarproblemet inom koncerner kan därför definieras som att huvudmannen aldrig kan anses ha ett egenintresse skilt från sina ställföreträdarens intressen.

I NJA 1972 s. 246 såg vi också effekten av detta när två juridiska personer brukade en identisk ställföreträdare. Målet rörde ingen koncernsituation men trots att det inte förelåg något ägarförhållande alls mellan aktiebolaget och stiftelsen underkändes pantsättningen. Vi har ovan delvis accepterat Lindskogs tolkning av målet som ett slags sakrättsligt misstroende av identiska ställföreträdare. Tillmäts då det faktum att många koncerner använder identiska ställföreträdare någon självständig vikt när doktrinen analyserar moderbolagets makt över dotterbolagets egendom?

Svaret är att varken Walin, Rodhe, Lindskog eller Håstad beaktar det faktum att koncerninterna transaktioner kanske skall behandlas annorlunda om identiska ställföreträdare brukas i koncernbolagen. Ovan har vi ju sett hur deras teorier generellt behandlar alla koncerner lika oavsett förhållandena i bolagens ledningar. Walin synes inte modifiera sin syn på en strikt formell särskilnad mellan moderbolag och dotterbolag även om ställföreträdarna vore identiska i alla koncernbolagen. Rodhe, Lindskog och Håstad å andra sidan verkar inte heller lägga någon vikt vid en sådan konstruktion.

Göranson konstaterar att tradition av egendom mellan koncernbolag medför att vi inte behöver ta hänsyn till att samma personer sitter "...i toppen...".⁶⁴⁶ Han uppvisar emellertid viss osäkerhet vad denna situation kan tänkas innebära när moderbolagets ställföreträdare fortfarande har dispositionsrätt.⁶⁴⁷ Mer uttrycklig intresse för förekomsten av identiska företrädare fäster emellertid Folkesson. Hans redogörelse för särskilda överväganden vid transaktioner mellan koncernbolag avgränsas helt till de fall då just identiska ställföreträdare brukas inom koncernbolagen. Han uttrycker farhågor om att NJA 1972 s. 246 kanske "...uppställt allt för hårda och formella krav för att två juridiska personer som företräds av samma fysiska personer skall kunna göra sedvanliga och ändamålsenliga affärer...med sakrättslig verkan?".⁶⁴⁸ Folkesson nöjer sig emellertid med att peka på att problem kan uppkomma.

18.4.2.5 Koncerninterna överlåtelse

18.4.2.5.1 Varför behandlar doktrinen inte överlåtelse?

Vid en granskning av doktrinen uttalanden ovan angående koncerninterna transaktioner framgår, som redan nämnts, att uttalandena i hög grad är koncentrerade till fall av pantsättning. Överlåtelsefallen lämnas däremot därhän. Om detta beror på förbiseende eller på en materiell särskilnad mellan pantsättning och överlåtelse är osäkert. Vi har redan, i avsnitt V.4.2.2.1, konstaterat att doktrinen egentligen inte anser att någon strikt åtskillnad kan ske i bedömningen av rådighetsavskärning vid pantsättning och överlåtelse. När doktrinen inte gör någon utpräglad åtskillnad mellan pantsättning och överlåtelse i allmänhet blir då frågan om detta gäller även vid de särskilda aspekter som gäller i koncernförhållanden. Gemensamt för de flesta författarna är att de behandlar koncerninterna transaktioner i anslutning till redogörelser för bl.a. NJA 1958 s. 422 och NJA 1972 s. 246. Fallen aktualiserar enbart fråga om sakrättsligt giltig pantsättning. Några verkar emellertid vara benägna att låta resonemangen gälla generellt även för överlåtelse⁶⁴⁹ medan andra helt avgränsar sig till pantsättning.⁶⁵⁰

Vad är det då för skillnad som möjligen kan medföra annorlunda bedömning för fall av olika typer av överlåtelse. För tradition av lös egendom gäller enbart den modifieringen vid överlåtelse att rådighetsavskärningen inte måste vara bestående. Att rådighetsavskärning måste ske är givetvis en förutsättning för att det skall finnas skäl att pröva om detta varit bestående (jfr. NJA 1975 s. 638). När doktrinen alltså

⁶⁴⁶ Se Göranson s. 567x.

⁶⁴⁷ Se Göranson s. 567m.

⁶⁴⁸ Se Folkesson s. 190y.

⁶⁴⁹ Folkesson verkar t.ex. närmast ta upp fallen med pantsättning som ett exempel på problematiken. Man får här snarast uppfattningen att problematiken är vidare och även omfattar överlåtelsefallen. Se Folkesson s. 190ö.

⁶⁵⁰ Rodhe, Håstad och Helander tar upp problematiken uteslutande i pantsättningsfall. Se Rodhe, Sakrätt s. 392m, Håstad (2) s. 293x och Helander s. 388y.

hänvisar till moderbolagets underliggande möjlighet att genom återkrav råda över egendom hos dotterbolaget som skäl mot fullbordat rådgighetsavskärande vid pantsättning av lösöre kan vi inte se att en annan bedömning kan tillåtas vid olika typer av överlåtelse av samma egendom. Vi kan lätt se att doktrinen inte kan ha avsett att fastställa huruvida rådgighetsavskärande vid pantsättningen varit bestående eller ej om vi beaktar att ingen kräver att panten verkligen återställts för att fastställa att pantträtt saknas.⁶⁵¹ Man nöjer sig istället med att låta den hypotetiska möjligheten för moderbolaget att återkräva egendomen vara avgörande. Därmed hänför sig bedömningen nödvändigtvis till frågan om just huruvida rådgighetsavskärande alls uppkommit. Vi kan alltså inte se annat än att doktrinen underförstått tillämpar samma principer vid bedömning av sakrättsligt borgenärsskydd i koncernförhållanden vid överlåtelse som vid pantsättning.

18.4.2.5.2 Särskilt om utdelning och koncernbidrag

För vinstutdelning från ett dotterbolag till dess moderbolag gäller givetvis i princip samma regler som vid övriga överlåtelse. Vi har ovan sett att transaktioner i denna riktning inte kan anses böra lyda under särskilt stränga regler för sakrättsligt skydd eftersom dotterbolaget inte kan beordra återföring av egendomen från moderbolaget.

En särskild form av överlåtelse som diskuterats något i sakrättsliga sammanhang är emellertid bruket av koncernbidrag. Dessa sker nämligen som vi nämnt ofta helt bokföringsmässigt utan ”...några fysiska penningöverföringar...”.⁶⁵² Det kan därmed ifrågasättas om och när sakrättsligt skydd skall medges.

Problemet är givetvis att någon form av rådgighetsavskärande alltid är grundläggande för att vi skall kunna erhålla sakrättsligt skydd för olika typer av överlåtelse. Det synes i gällande rätt inte kunna uttydas en möjlighet att lämna rådgighetsavskärandet därhän och låta en publicerande åtgärd i form av t.ex. registrering ensam medföra sakrättsligt borgenärsskydd för förvärvaren.⁶⁵³ Detta framgår t.ex. av NJA 1975 s. 638 där en köpare registrerat sig i bilregistret men där varaktigt rådgighetsavskärande ej uppnåtts. Köparen uppnådde ej genom registreringen sakrättsligt skydd för sitt förvärv.⁶⁵⁴

Om nu inte sakrättsligt skydd kan uppnås genom t.ex. registrering blir det givetvis högst tveksamt om detta kan uppnås redan via bokföringsmässiga transaktioner. Doktrinen lämnar frågan om tidpunkten men, för den delen, även frågan om sakrättslig fullbordning alls sker öppen med hänvisning till framtida praxis på området.⁶⁵⁵ Folkesson uttrycker något uppgett frågan huruvida sakrättsligt skydd skall anses uppkomma när ”...beslut fattas om att ge koncernbidrag, vid räkenskapsårets utgång, då bidraget syns i årsredovisningarna eller först då dessa årsredovisningshandlingar blir fastställda av bolagsstämman?”.⁶⁵⁶

18.4.3 Närmare granskning av doktrinen uttalanden

18.4.3.1 Inledning

Vi skall i detta avsnitt närmare granska rimligheten i de skäl som anges för de olika tolkningarna av gällande rätt som angivits ovan. Vi skall söka utröna de principiella skälen för de olika inställningarna i doktrinen och utvärdera deras hållbarhet inom ramen för bl.a. den praxis vi upptagit angående ställföreträdarskaps inverkan på de sakrättsliga momenten i avsnitt V.4.3 ovan. Syftet är att lägga fast de teoretiska grunderna för resonemang kring sakrättsligt borgenärsskydd vid koncerninterna transaktioner för att möjliggöra konkreta bedömningar av sådana transaktioner.

⁶⁵¹ Här skall påpekas att Walin uppställer ett sådant krav. Walin formulerar dock inte några särskilda sakrättsliga hänsyn i koncernsammanhang. Se avsnitt V.4.2.2.1

⁶⁵² Se Folkesson s. 191y, avdelning IV

⁶⁵³ Vi bortser här från möjligheten att registrera en överlåtelse enligt LkL. Detta är en möjlighet som sällan eller aldrig utnyttjas i praktiken.

⁶⁵⁴ Det finns vissa undantagssituationer där publicitet genom t.ex. lagfart och skötsel har fått avgörande vikt för erhållande av sakrättsligt skydd. Här kan nämnas NJA 1936 s. 420. Målet avgjordes emellertid under dissens och omständigheterna i målet var tämligen säregna. Se Göranson s. 558 m f.

⁶⁵⁵ Se Folkesson s. 192ö.

⁶⁵⁶ Se Folkesson s. 191n, 192ö.

18.4.3.2 En vanlig bedömning av sakrättsliga moment i koncerner?

Både Göransons och Walins syn på förhållandena mellan koncernbolag synes bygga på en strikt formell syn på moderbolagets maktutövande. Moderbolags ställföreträdare har ingen formell makt över sina dotterbolags ledningar. Både vid tradition och denuntiation, utanför koncernsituationer, fästs emellertid normalt inte avgörande vikt vid de formella förhållandena d.v.s. att den rättsliga rådigheten avskärs. Även det faktiska skenet av rådighet måste avskäras. I koncerner blir det senare dock extra svårt att uppnå. I analysen av moderbolagets möjligheter att utöva kontroll över sina dotterbolag i avdelning III har vi kunnat konstatera att det är stor skillnad mellan den juridiska och den praktiska verkligheten i detta avseende.⁶⁵⁷ De relativt stora möjligheterna till upprättande av en koncernlojal ledningsstruktur vi här fastställt medför att vi inte i sakrättsligt hänseende kan nöja oss med att fastställa att varje koncernbolag är en separat juridisk person och utforma de sakrättsliga momenten härefter. Här skall också påpekas att även Göranson som i princip förespråkar denna mer formella syn på det sakrättsliga skyddet i viss mån är tveksam till sitt eget resonemang om moderbolaget fortfarande kan anses ha förfoganderätt över egendomen.⁶⁵⁸ Det finns därför betydande skäl att granska om vi inte kan anta ett mer verklighetsanknutet synsätt vid bedömningen av sakrättsligt skydd i dessa fall.

⁶⁵⁷ Se särskilt avsnitt III.4.5.

⁶⁵⁸ Se avsnitt V.4.4.2.2.1 ovan och Göranson s. 567m.

18.4.3.3 Moderbolagets makt över dotterbolagens egendom

18.4.3.3.1 Utgångspunkter för analysen

För de inom doktrinen som inte anser att ett vanligt sakrättsligt moment är verksamt mellan koncernbolag synes inte en lika formalistisk syn uppdras som sker hos t.ex. Walin. Ett problem vid bedömningen av deras olika synsätt är emellertid att grunderna för dessa ofta är tämligen vagt formulerade. Klart är emellertid att vikt fästs vid moderbolagets maktmedel i koncernen. Avgörande motiv för att underkänna sakrättsligt borgenärsskydd vid koncerninterna transaktioner synes kvarstående faktiskt rådighetssken vara. Vilka utgångspunkter för maktutövande är då avgörande för det sakrättsliga momentet? Är det själva ägandeförhållandet, d.v.s. den formella möjligheten för moderbolaget att utöva makt i dotterbolaget, som är avgörande, eller är det de strategier för att t.ex. uppnå dubbla lojaliteter som vi analyserat i avsnitt III.4 som avgör?

18.4.3.3.2 Inflytande genom identiskt ställföreträdarskap

Vi har ovan sett att varken Walin, Rodhe, Lindskog eller Håstad tycks anse att koncerner med identiska ställföreträdare skall behandlas hårdare vid koncerninterna transaktioner. Håstad och Lindskog anger sin syn på just sakrättsligt skydd inom koncerner i anslutning till analyser av NJA 1972 s. 246. I detta rättsfall fästes som vi sett emellertid avgörande vikt vid att ställföreträdaren haft uppdrag för både pantsättare och panthavare, d.v.s. att dubbelt ställföreträdarskap förelåg. Ingen av dessa författares uppfattning vad gäller koncernsammanhang tar emellertid utgångspunkt i detta rättsfall. Båda författarna utökar utan närmare motivering den grupp av ställföreträdare som träffas av målet: Gemensamma ställföreträdare eller ej, något sakrättsligt fullbordande av t.ex. pantsättning mellan koncernbolag uppnås inte.

Dessa författare underkänner alltså i praktiken inflytande från moderbolagets ledning genom identiskt ställföreträdarskap som avgörande för det sakrättsliga momentet.

Det skall här också noteras att underkännandet av de sakrättsliga momenten, även i ett annat avseende, har tagits ett steg längre än vad som sker vid tolkningen av NJA 1972 s. 246 utanför koncerner. I koncernförhållandena fastställs ju att tradition respektive denuntiation inte är tillräckligt ens mellan de två huvudmännen, d.v.s. koncernbolagen. I NJA 1972 s. 246 var emellertid fråga om det något speciella fallet att ställföreträdaren själv förvarade inteckningarna. Utan närmare diskussion förs motsvarande resonemang ner till situationer när tradition eller denuntiation sker, visserligen via ställföreträdare, men ändå mellan huvudmännen.

18.4.3.3.3 Moderbolagets faktiska makt

Om nu doktrinen inte fäster särskild vikt vid förekomsten av identiska ställföreträdare måste naturligtvis den kvarstående faktiska rådighet som moderbolaget anses inneha kunna motiveras på något annat sätt. Alternativet torde bli att just det förhållande att dotterbolag ägs av moderbolaget får avgörande vikt. Varför skulle nämligen det fallet att gemensamma ställföreträdare brukas behandlas hårdare än när vi har olika ställföreträdare? Moderbolaget har ändå maktmedlen att genomdriva sina förslag.⁶⁵⁹ Vilka strategier som används härför är emellertid oväsentligt.

Som vi sett ovan uttrycker de som inte är beredda att låta vanliga sakrättsligt moment gälla inom koncerner den tämligen allmänna slutsatsen att transaktioner mellan koncernbolag ej vinner sakrättsligt skydd. Betoningen läggs på moderbolagets möjligheter att få egendom åter inte på hur detta i själva verket sker. Om det sker genom gemensamma ställföreträdare eller icke gemensamma ställföreträdare fästs ej vikt vid. Lindskog fastställer att moderbolaget visserligen saknar "...instruktionsmakt över dotterbolaget..." men oavsett detta uppnås inte sakrättsligt fullbordade transaktioner (förrän 12 kap ABL omöjliggör återställande).⁶⁶⁰ Det viktiga synes alltså vara att moderbolaget i realiteten utövar makt över dotterbolaget inte hur detta sker.

⁶⁵⁹ Se särskilt avsnitt III.4.5.2.3, III.4.5.2.4 ovan.

⁶⁶⁰ Se Lindskog JT 91/92 s. 281n f.

18.4.3.3.4 Slutsatser

Doktrinen fäster alltså ingen självständig betydelse till huruvida ställföreträdarna inom koncernen är identiska eller ej. M.h.t. svårigheterna att förutse möjligheterna för en koncernledning att utöva makt kan väl detta ha klara skäl för sig.⁶⁶¹ Det vore väl en allt för formell inställning att enbart låta transaktioner mellan koncernbolag med gemensamma ställföreträdare underkännas sakrättslig fullbordning. Samtidigt skall vi ha klart för oss att doktrinen inte kan motivera en dylik inställning med hänvisning till NJA 1972 s. 246. Här var fråga om just en identisk ställföreträdare. Inskjutas skall dock göras att situationen inte rörde ett koncernförhållande. Hade det funnits ett ägarförhållande mellan de båda juridiska personerna i målet hade HD kanske även fäst viss vikt vid bolagens inflytande över varandra p.g.a. just ägandet.

Att beakta när vi granskar doktrinen på denna punkt är vidare att moderbolagets makt för det fall att gemensamma ställföreträdare inte finns i koncernbolagen i praktiken måste bygga på en materiell bedömning i det enskilda fallet. Moderbolagets ställföreträdare (koncernledningens) makt över dotterbolagen i en koncern torde nämligen variera beroende på t.ex. grunden för koncernbildningen.⁶⁶² En koncern kan ju grundas på bl.a. konsortialavtal mellan aktieägare om t.ex. röstning på bolagsstämma (1:5 1 st. 2 p ABL). För dessa fall finns kanske ingen övrig styrningskoppling mellan moder- och dotterbolag. Vidare finns givetvis skillnader i inflytande mellan helägda och delägda koncernbolag. Det är inte i alla koncernformationer som koncernledningen har vare sig direkt eller indirekt inflytande över dotterbolagens ledningsorgan. Borde inte detta återspeglas i olika bedömningar av kraven för sakrättsligt fullbordade transaktioner beroende på koncernens struktur? *Uppenbarligen anser doktrinen att det i gällande rätt åtminstone inte finns så betydande skillnader i inflytande mellan moderbolag och dotterbolag att någon särskild form av koncernbildning skall behandlas förmånligare än vad som fastställts i avsnitten ovan. Vi ifrågasätter starkt denna generalisering. Antingen anför vi ett formellt perspektiv på maktutövandet och låter enbart koncerner med identiska ställföreträdare omfattas av de högre kraven för sakrättsligt skydd eller så genomför vi genomgående en materiell bedömning kopplad till den enskilda koncernens struktur och moderbolagets reella makt i det enskilda fallet.*

18.4.3.4 Överväganden vid tradition

18.4.3.4.1 Allmänna utgångspunkter

Det väsentliga momentet som skall fastställas vid tradition mellan koncernbolag är när moderbolagets faktiska rådighetssken till egendom kan anses avskuren. Vi måste alltså först fastställa vad i rådighetsskenet består. Härvid får vi beakta de slutsatser vi kommit fram till i avdelning III. I det avdelning kunde vi se hur moderbolagets ägarmakt i praktiken ofta medför en mycket integrerad organisationsstruktur. Denna byggs upp för att medge betydande koncernlojalitet i dotterbolagens ledningsorgan.⁶⁶³ Ledningen i moderbolaget som har att förvalta dotterbolagen så som tillgångar i detta bolag söker upprätta förutsättningar för att ledningarna i dotterbolagen skall kunna agera inom en övergripande koncernstrategi och därmed i viss mån bortse från det egna bolagets intressen. Klart är emellertid att moderbolagets möjligheter till sådan kontroll inte är absolut.⁶⁶⁴ Vi kan alltså inte direkt dra analogier till den faktiska rådigheten över andra fysiska tillgångar. Vi kan alltså inte identifiera moderbolagets möjlighet att återta egendom från ett dotterbolag med t.ex. den situation som förelåg i NJA 1996 s. 52. Här hade en person pantförskrivit löpande skuldebrev men istället för att överlämna dessa till panthavaren lämnades de i öppet förvar i en bank. Trots att den fysiska rådigheten avskurits till skuldebrevet ansågs emellertid inte den faktiska rådigheten avskuren. Pantsättaren kunde när som helst återta skuldebrevet. Denna absoluta makt över tillgången återfinns vi emellertid inte mellan moderbolag och dotterbolag.

⁶⁶¹ Som vi sett i avsnitt III.4 finns ju en mängd olika möjligheter för ett moderbolags aktieägare och ledning att söka påverka dotterbolagens beslutsfattande.

⁶⁶² För en bredare behandling av det aktiebolagsrättsliga koncernbegreppet se avsnitt II.4.4 ovan.

⁶⁶³ Se avsnitt III.4.5.2

⁶⁶⁴ Se avsnitt III.5

Bolagen utgör separata juridiska personer med formellt åtskilda ledningsorgan. Som vi sett i avsnitt III.3.3, III.4 har varken moderbolagets ägare eller ledning direkt rätt att i den dagliga verksamheten ge direktiv till dotterbolagen. Samtidigt har dotterbolagens ställföreträdare en lojalitetsplikt mot det egna bolaget.⁶⁶⁵

18.4.3.4.2 Skälen bakom hänvisningar till 12 kap. ABL

Vad är då skälet till att de som godtar tanken på att, t.ex. en pantsättning från moderbolag till dotterbolag, inte är sakrättsligt fullbordad redan i och med tradition, fastställer att fullbordande ändå kan ske om återkallande av panten skulle strida mot 12 kap. ABL? Grundtesen att dotterbolagets ekonomiska ställning här får avgörande betydelse har fastslagits av Rodhe. Han anger emellertid inte några skäl för sin inställning.⁶⁶⁶ Hos Håstad kan vi möjligen uttyda ett skäl för att låta 12 kap. ABL få sakrättslig effekt på sagda sätt. Han motiverar detta med "...att dotterbolagets representanter skulle bli skadeståndsskyldiga..." om de i strid med 12:2 ABL återlämnar panten.⁶⁶⁷ Frågan är om detta är skäl nog att låta just 12 kap ABL vara avgörande för när en transaktion fullbordas sakrättsligt?

Huruvida Håstads skäl är gällande även för övriga inom doktrinen är osäkert. Lindskog anför å sin sida som skäl att dotterbolaget i detta läge skall lämna moderbolagets instruktion att återlämna panten därhän. Det väsentliga är att "...instruktionsmakten avskärs effektivt..." när utdelningsbart belopp understiger ifrågasvarande egendoms värde.⁶⁶⁸ Lindskog synes alltså inte i första hand hänvisa till skadeståndsskyldigheten utan till det faktum att ställföreträdarnas lydnadsplikt genomskärs av lojalitetsplikten mot dotterbolagets borgenärer när 12 kap. inträder.

Vi skall i följande avsnitt närmare granska de skäl som Håstad och Lindskog anger för beaktandet av just 12 kap ABL vid fastställande av sakrättsligt borgenärsskydd i koncerner.

18.4.3.4.3 Betydelsen av skadeståndsskyldighet vid brott mot 12 kap ABL

Osäkerhet om vi alls kan hänvisa till skadeståndsskyldighet

Håstad hänvisar alltså till en potentiell skadeståndsskyldighet för dotterbolagets ställföreträdare som motiv för att 12 kap ABL skall ha sakrättslig effekt. Vi har i avsnitt V.4.3.3 sett att Håstad framför ett liknande resonemang i fall utanför koncernförhållanden i samband med hans analys av NJA 1972 s. 246. Vi såg redan i detta avsnitt att det till följd av just NJA 1972 s. 246 finns problem att hänvisa till just en sådan skadeståndsskyldighet för att fastställa att rådighetsavskärande skett. Det var ju just en plikt för den aktuella ställföreträdaren att iaktta i första hand panthavarens intresse som HD inte fäste någon vikt vid i fallet. Sakrättsligt fullbordad pantsättning underkändes oavsett denna plikt, p.g.a. ställföreträdarens förhållande till pantsättaren. Det står därför klart att Håstads resonemang i koncernförhållanden nog är belastade med samma osäkerhetsmoment om inte större.

Skadeståndsskyldighet inträder tidigare

Även om nu HD eventuellt skulle komma att omvärdera sin ståndpunkt i NJA 1972 s. 246 och ta hänsyn t.ex. till ställföreträdarens skadeståndsskyldighet måste vi kunna anföra skäl för att det just skall vara 12 kap ABL som blir avgörande. I och med att dotterbolagets ställföreträdare återlämnar egendom till moderbolaget till ett värde som överstiger utdelningsbart belopp i 12 kap ABL kan dessa visserligen drabbas av skadeståndsskyldighet enligt 15:1 ABL. 15:1 kan emellertid aktualiseras i en rad andra situationer än just vid brott mot 12 kap ABL. Skadeståndsskyldighet inträder även t.ex. vid brott mot ställföreträdarens lojalitetsplikt mot det egna bolaget⁶⁶⁹ och generalklausulen i 8:34 ABL. Här fastställs bl.a. att ställföreträdare inte får fatta beslut som kan medföra en

⁶⁶⁵ Se avsnitt III.4.6

⁶⁶⁶ Se Rodhe, Sakrätt s. 392y och avsnitt V.4.4.2.2.2 ovan.

⁶⁶⁷ Se Håstad II s. 293n.

⁶⁶⁸ Se Lindskog JT 91/92 s. 282x.

⁶⁶⁹ Se avsnitt III.3.4, III.3.5, III.4.6, III.4.7, III.5 ovan.

otillbörlig fördel för aktieägare till nackdel för bolaget eller annan aktieägare (likhetsprincipen). Kan vi tänka oss en situation där återlämnande av överlåten egendom från ett dotterbolag till sitt moderbolag kan falla under denna regel.

Ett dotterbolag (DB) ägs till 55% av bolag A och till 45% av bolag B. DB:s moderbolag är alltså A. A har en skuld till DB. För denna skuld har DB säkerhet i form av företagshypoteksbrev i A. DB har vinstmedel som täcker säkerheten och moderbolaget A har god ekonomi. Låt oss nu utgå från att DB:s ställföreträdare, under påtryckning från A, beslutar att återlämna säkerheten. I detta läge kommer ett återlämnande inte att strida mot 12 kap ABL. Vi vill dock påstå att ställföreträdarna i DB är potentiellt skadeståndsskyldiga precis på samma sätt som om 12 kap ABL inte följts. Att på detta sätt återlämna panten innebär att aktieägare A gynnas på aktieägare B:s bekostnad vilket kommer att strida mot 8:34 ABL. Skadeståndsskyldighet enligt 15:1 kan därför komma i fråga för ställföreträdarna i DB gentemot B. Varför tar Håstad inte hänsyn redan till denna risk för skadeståndsskyldighet när han utformar förutsättningarna för sakrättsligt borgenärsskydd i koncerner?

Det kan nog fresta någon att anföra skillnaden i skyddssubjekt mellan olika regler i ABL som skäl för Håstads ensidiga beaktande av 12 kap ABL. Lojalitetsplikten har ett aktieägarskyddande (minoritetsskyddande) syfte. Regeln är visserligen tvingande men om ingen aktieägare klandrar beslutet kommer skadeståndsskyldighet ej att inträda.⁶⁷⁰ Om ställföreträdare däremot bryter mot 12 kap ABL som är borgenärsskyddande kommer inte enbart aktieägare att kunna utkräva skadestånd utan detta kan, under vissa förutsättningar, ske även av borgenärerna (jfr. 15:1 2 p ABL "...eller någon annan..."). Skyddssubjektens vidhet är alltså beroende av vilka regler i ABL som åsidosätts. Frågan är om detta förhållande har relevans vid sakrättsliga avvägningar? Vi anser att det inte är helt säkert. Det avgörande förefaller istället vara att ställföreträdarna riskerar skadeståndsskyldighet mot sin huvudman (d.v.s. dotterbolaget) precis på samma sätt som en denuntierad tredje man vårdar egendom under risk för skadeståndsskyldighet gentemot förvärvare/panthavare. Vem som i varje enskilt fall äger påkalla skadeståndsskyldigheten kan dock inte ensamt avgöra. Vi skall återkomma till detta spörsmål nedan i avsnitt V.4.5.3.

Vi anser att en teori där potentiell skadeståndsskyldighet p.g.a. brott mot just 12 kap får relevans för bestämmande av sakrättsligt borgenärsskydd kan ifrågasättas. Ett mer nyanserat synsätt krävs. Vi skall därför gå vidare och se hur detta kan åstadkommas.

18.4.3.4.4 Betydelsen av att lojalitetsplikten tar över lydnadsplikten

Lindskog synes ha en något mer nyanserad syn på betydelsen av 12 kap ABL än Håstad. Lindskog hänvisar inte direkt till ställföreträdarnas skadeståndsskyldighet som grund för att låta sakrättsligt borgenärsskydd inträda när 12 kap ABL begränsar återkallande av egendom. Lindskog beaktar istället att lojalitetsplikten för dotterbolagets ställföreträdare gentemot *det egna bolagets borgenärer* tar över framför lydnadsplikten gentemot moderbolaget. Det rör sig sålunda i första hand om hänvisning till en generell rättslig plikt och inte till någon form av skadeståndsskyldighet. Frågan är emellertid om lydnadsplikten inte avskärs redan innan hinder inträder för återlämnande p.g.a. 12 kap ABL? Svaret på detta spörsmål kan vi ana om vi återvänder till exemplet i föregående avsnitt. I den delägda koncernen fastslog vi ju att likhetsprincipen i 8:34 hindrar återlämnande långt innan 12 kap ABL aktualiseras. Det torde stå tämligen klart att lydnadsplikt inte föreligger för ett dotterbolag om ställföreträdarna genom att följa instruktionen bryter mot likhetsprincipen. Inte heller finns lydnadsplikt när en åtgärd skulle medföra en uppenbar risk för betydande skada för dotterbolaget.⁶⁷¹ Lydnadsplikten torde alltså genombrytas av den tvingande kärnan i lojalitetsplikten mot det egna bolaget redan innan 12 kap ABL aktualiseras.

Vid granskningen av skälen som Lindskog anför för att just fästa vikt vid 12 kap ABL i detta avseende förstår vi ganska snart att han precis som Håstad verkar fästa all vikt vid att en plikt gentemot just dotterbolagets borgenärer skall inträda. Varför tillmätts just denna situation särskild vikt? Om HD i NJA 1972 s. 246 skulle ha fäst vikt vid en plikt och skadeståndsskyldighet för ställföreträdaren p.g.a. någons intresse så vore detta givetvis panthavarens intresse. HD skulle aldrig fästa vikt vid huruvida ställföreträdaren även kunde ha en plikt gentemot

⁶⁷⁰ Se t.ex. Andersson (2) s. 15x f.

⁶⁷¹ Se avsnitt III.3.3.2, III.3.5, III.4.6 ovan

panthavarens borgenärer i sin tur. Vi vill påstå att det inte finns några skäl för att behandla en koncernsituation annorlunda i detta avseende. Vi finner istället att *den punkten när skadeståndsskyldighet inträder gentemot bolaget i så fall måste vara det avgörande momentet*. Trots att Lindskog i första hand betonar lojalitetsplikens inträde hamnar vi alltså i samma dilemma som Håstad då han hänvisar till borgenärsintresset och 12 kap ABL. 12 kap ABL är emellertid ingen given vattendelare för när sakrättsligt borgenärsskydd skall inträda.

18.4.3.4.5 Osäkerhet om när transaktion fullbordas sakrättsligt

Vi har nu alltså granskat både Håstads och Lindskogs motiv till den sakrättsliga betydelsen hos 12 kap. För att till fullo förstå vad dessa uttalanden innebär måste vi emellertid beakta effekterna härav. Just detta skall vi ägna oss åt nu.

I de sakrättsliga momentens syfte att motverka skentransaktioner och åstadkomma publicitet ingår det fördelaktiga i att en objektivt konstaterbar tidpunkt uppkommer för att avgöra när det sakrättsliga borgenärsskyddet inträder. Vid tradition räcker det normalt att konstatera att rådgivningsavskärning skett t.ex. genom sakens fysiska förflyttning och vid denuntiation kan vi normalt nöja oss med att fastställa att tredje man underrättats. Men vad sker om vi förutom dessa krav ställer upp förutsättningen att 12 kap ABL skall förhindra återlämnande av överlåten/pantsatt egendom för att sakrättsligt skydd skall uppkomma? Ett hänsynstagande av denna karaktär för med sig åtminstone fyra problem:

1. En undersökning måste ske av det återlämnande dotterbolagets utdelningsbara vinstmedel.⁶⁷²
2. En liknande undersökning krävs av moderbolagets ställning åtminstone då pantsatt egendom skall återlämnas.⁶⁷³
3. I bedömningen av om utdelning skett tas en rad hänsyn in så som huruvida syfte finns att gynna mottagaren.⁶⁷⁴
4. Koncernledningen erhåller en möjlighet till långtgående ”sakrättslig planering” som helt kan undergräva syftet att motverka skentransaktioner.

I *moment 1* ovan finner vi den stora svårigheten ligga i bedömningen enligt *försiktighetsregeln* i 12:2 2 st. ABL. Bedömningen här är svår att förutse. I motiven anges ju att hänsyn skall tas till bl.a. svårigheter att få avsättning för produkter, större utestående osäkra krediter m.m..⁶⁷⁵ Skälighetsresonemang blir helt avgörande för bedömningen.⁶⁷⁶ Att låta en sådan bedömning ingå i det sakrättsliga momentet torde väl medföra en osäkerhetsfaktor som motverkar förutsägbarheten hos detta.

Vad gäller *moment 2* får detta främst relevans vid *pantsättning* från moderbolag till dotterbolag. Omständigheten har likt *moment 1* sin grund i bedömningen av om vinstutdelning verkligen skett. Av aktiebolagsrättslig praxis (t.ex. NJA 1980 s. 311 och NJA 1990 s. 343) följer nämligen att utlåning mellan koncernbolag anses som utdelning först om långgivaren inte kan påräkna full betalning för den fordran panten ställts för.⁶⁷⁷ Som kriterium för när betalning ej kan förväntas har fastställts att låntagaren skall vara insolvent. Det ligger nära till hands att låta denna praxis vara vägledande även för det fallet att en panthavare återlämnar utställd pant till pantsättaren.⁶⁷⁸ Vi anser att detta moment i den sakrättsliga bedömningen ytterligare försvårar för en borgenär att förutse när sakrättsligt fullbordad rättshandling föreligger. Inte nog med att det krävs en bedömning av panthavarens situation. Dessutom krävs ett hypotetiskt test av pantsättarens ekonomiska ställning för det fallet att pant skulle återlämnas.

I *moment 3* vill vi inskräpa att vi med nödvändighet måste ta hänsyn till *syftena* med en viss transaktion vid bedömningen av om vinstutdelning skett enligt 12:2 ABL.⁶⁷⁹ Vi har ovan i avsnittet om det sakrättsliga momentet tradition (avsnitt V.4.2.2.2.2 mom. 4) sett att visst hänsynstagande till syftet bakom en transaktion kan

⁶⁷² Se avsnitt V.3.2.3.2.

⁶⁷³ Se vidare angående denna bedömning avsnitt V.7.2.2.3.3.

⁶⁷⁴ Se vidare avsnitt V.3.2.2.1.2.

⁶⁷⁵ Se Prop. 1975:103 s. 478ö.

⁶⁷⁶ Se avsnitt V.3.2.3.3 ovan.

⁶⁷⁷ Se NJA 1980 s. 311 (s. 316x), NJA 1990 s. 343 (s. 347y). Se även Andersson I s. 460ö ff, Andersson II s. 70y ff.

⁶⁷⁸ Se Lindskog JT 91/92 s. 282ö.

⁶⁷⁹ Se Andersson s. 67m.

tas främst när fråga är om säkerhetsöverlåtelse. Redan detta är ett kontroversiellt spörsmål. Kan vi verkligen utan diskussion i praktiken införa ytterligare ett subjektivt rekvisit genom hänvisning till att 12 kap ABL skall ha sakrättsliga verkningar?

Vad avser vi då med *moment 4* ovan? Om rena former av tradition inte erkänns effekt vid koncerninterna transaktioner kan givetvis rättslig rådighet såväl som betydande faktiskt rådighetssken överföras från moderbolag till dotterbolag rörande överlåten eller pantsatt egendom utan att moderbolagets faktiska rådighetssken kan anses avskuret. För detta krävs ju enligt doktrinen i princip att 12 kap ABL hindrar dotterbolagets ställföreträdare från att återställa egendomen. Uppenbart blir att detta öppnar möjligheter för planering och skentransaktioner från moderbolagets sida. Låt oss se på följande exempel:

Ett moderbolag; MB, har två helägda dotterbolag, DB1 och 2. DB1 har mycket god ekonomisk ställning och MB har sedan tidigare en stor skuld till DB1. För denna skuld har MB ställt ut säkerhet i företagshypotek till DB1. MB råkar nu i betydande ekonomiska problem och ser att konkursen är nära. Juristerna i MB ser att DB1 har vinstmedel som vida överstiger de företagshypotek som MB utställt. Man inser att sakrättsligt fullbordad panträtt inte föreligger i nuvarande läge. DB1 kan ju återlämna panten utan att 12 kap ABL inträder. För att skydda DB1:s möjligheter att göra panträtten gällande när MB går i konkurs beslutas i DB1 om ett betydande koncernbidrag till DB2. Koncernbidraget sker med sådan storlek att företagshypoteket inte längre täcks av utdelningsbara medel. Härigenom har DB1 erhållit en fullbordad panträtt s.a.s. retroaktivt genom att enbart minska sina vinstmedel. Detta är vad vi ovan kallar sakrättslig planering.

Här skall påpekas att återvinning inte torde kunna ske av detta sakrättsliga säkerställande. Återvinning förutsätter nämligen att konkursgäldenären agerar (se avsnitt V.6.3.1, V.6.4). Så är ej fallet när DB 1 beslutar om koncernbidrag.

Är denna möjlighet för koncernledningarna att planera det sakrättsliga skyddet inom koncerner ändamålsenligt m.h.t. syftet bakom sakrättsmomenten att motverka skentransaktioner? Vi anser detta vara tvivelaktigt.

18.4.3.4.6 12 kap ABL förutsätter sakrättsligt fullbordade transaktioner

Vi har redan i avsnitt 1.1 ovan påpekat att vi vid utredningen av en koncernbolagskonkurs har att inledningsvis fastställa vilken egendom respektive koncernbolag innehar med sakrättsligt borgenärsskyddande verkan. Här ligger alltså ett behov av att granska de koncerninterna transaktionernas sakrättsliga verkningar. I nästa steg får vi som konkursförvaltare granska huruvida de koncerninterna transaktionerna från konkursboet har genomförts i enlighet med reglerna om vinstutdelning i 12 kap ABL. Denna senare bedömning aktualiseras enbart för egendom som förts över med sakrättslig verkan.⁶⁸⁰ Det saknas givetvis skäl att, innan vi fastställt detta, pröva om rättshandlingen kan karaktäriseras som utdelning mellan parterna om rättshandlingen ändå återgår p.g.a. sakrättsliga regler.

Frågan blir då emellertid hur 12 kap ABL kan anses ha betydelse för att fastställa sakrättsligt borgenärsskydd? Ur detta perspektiv blir det givetvis orimligt att hävda sådan betydelse. Utan att anföra rimliga motiv till att denna reglering skall anses ha sådana effekter hamnar vi i ett cirkelresonemang. Det som skall visas förutsätts i premisserna, eller mer konkret, att fastställa förutsättningarna för sakrättsligt skydd via enbart en reglering som förutsätter sakrättsligt skydd låter sig inte göras.

Rodhe synes helt klart förbise detta dilemma när han inte närmare anför skälen för sin åsikt i detta avseende. Även Håstad och Lindskog synes ligga nära gränsen till samma problem.

18.4.3.4.7 Sammanfattning och Slutsatser

Håstad är alltså beredd att låta ställföreträdarens skadeståndsansvar p.g.a. brott mot 12 kap. Ovan har vi dock sett att skadeståndsansvar inträder tidigare om t.ex. ett direktiv verkställs som innebär uppenbar risk för skada för dotterbolaget⁶⁸¹ eller strider mot 8:34 i ett delägt dotterbolag. Lindskog synes inte fästa samma vikt vid just den potentiella skadeståndsskyldigheten p.g.a. brott mot 12 kap. ABL. Han menar emellertid att det är först när 12

⁶⁸⁰ Se Folkesson s. 130y.

⁶⁸¹ Se avsnitt III.3.3.2, III.3.5.

kap. ABL träder in som lydnadsplikten för dotterbolagets ställföreträdare bryts. Detta är emellertid som vi sett inte helt korrekt. Lojalitetsplikten bryter lydnadsplikten redan innan detta sker enligt 12 kap. ABL. Som vi sett hänvisar både Håstad och Lindskog till hinder för återlämnande enligt 12 kap ABL som avgörande för inträdet av sakrättsligt skydd. Vi har ovan sett att det finns betydande svårigheter i en sådan hänvisning till begränsningarna i 12 kap ABL Vi har sett att ett sådant hänsynstagande inte låter sig genomföras utan svårigheter. Det medför betydande osäkerhet om när fullbordande skett och möjliggör för viss ”sakrättslig planering” inom koncernen. Vidare medger inte 12 kap ABL rent systematiskt en sådan syn. Dessa regler förutsätter nämligen sakrättsligt skyddade transaktioner.

18.4.3.5 Överväganden vid denuntiation

18.4.3.5.1 Inledning

Vid såväl pantsättning som överlåtelse av lösöre har vi, i avsnitt V.4.2.2.3.2, sett att sakrättsligt skydd i vissa fall kan uppnås genom denuntiation till innehavande tredje man. Detta sakrättsliga moment tas emellertid inte alls upp till särskild behandling i doktrinen vid koncerninterna transaktioner. Är det ställt utom rimlig tvivel att särskilda problem inte uppkommer för dessa fall? Vi finner att så inte kan fastställas utan en närmare analys. Vi skall därför nedan ta upp frågan om dels denuntiation mellan dotterbolag i en koncern respektive denuntiation från dotterbolag till moderbolag.

18.4.3.5.2 Denuntiation mellan dotterbolag

Finns det några särskilda omständigheter som medför att vi skall göra en annorlunda bedömning när denuntiation sker mellan dotterbolag än annars? Vi kan ta ett exempel: Moderbolaget (MB) skall överlåta ett antal lastbilar till det helägda dotterbolaget 1 (DB1). Lastbilarna är emellertid i det helägda dotterbolaget 2:s (DB2) besittning. Formellt sett d.v.s. för att avskära den indirekta rättsliga rådigheten för MB skall denuntiation ske till DB2 för att överlåtelsen skall vara sakrättsligt fullbordad. Frågan är emellertid om vi härigenom har avskurit MB:s faktiska rådighet till egendomen? Koncernens gemensamma ställföreträdare kan ju när som helst besluta sig för att låta överlåtelsen gå åter och återta egendomen från DB2.

Av intresse här är att, enligt de krav vi tidigare i avsnitt V.4.2.2.3.3 analyserat, fastställa om avskuren betalningslegitimation verkligen föreligger för DB2 gentemot MB (jfr. NJA 1949 s. 164). Vi måste emellertid även ta hänsyn till utvecklingen genom NJA 1995 s. 367 I och II. I dessa rättsfall införs ju viss tveksamhet om det alltid skall uppställas krav på just avskuren betalningslegitimation eller som i vårt exempel legitimation att utlämna egendom till överlåtaren. Har dessa rättsfall någon direkt inverkan på förhållanden vid koncerninterna transaktioner motsvarande den ovan? Det verkar högst tveksamt. Visserligen godtog HD här en denuntiation som inte innebar fullständigt avskuret rådighetsken. Att överföra övervägandena i domskälen till vår koncernsituation medför emellertid svårigheter. HD fäste nämligen uttryckligen vikt vid att förvärvaren i fallet (d.v.s. här DB1) när som helst kunde återta rätten för gäldenären (d.v.s. DB2) att betala till överlåtaren (MB).⁶⁸² Men ett dotterbolag kan givetvis inte med någon effektivitet återta moderbolagets möjlighet att upplösa förhållandet genom att återkräva egendomen. Detta medger inte maktförhållandena i koncernen.

Hur skulle Rodhe, Håstad och Lindskog se på den ovan nedtecknade situationen? Eftersom doktrinen är tyst i detta avseende får vi väl närmast se om deras resonemang vid tradition av t.ex. en pant mellan koncernbolag kan tillämpas även på denuntiationsfallet. Att grundproblemet är detsamma vid denuntiationen ovan står väl rimligtvis klart. Frågan är om inte skyldigheten för ställföreträdarna i DB2 att i första hand iaktta DB1:s intresse enbart är en chimär. Vi får alltså här samma problem angående möjligheten att fastställa ett faktiskt rådighetsavskärande. Vad finns det för skäl att fästa större tilltro till ställföreträdare i DB2 i denna situation än till ställföreträdare i ett moderbolag som pantsatt och traderat egendom till sitt dotterbolag? Moderbolagets ställföreträdare har väl lika stora möjligheter att s.a.s. låta DB2 åsidosätta överlåtelsen som de har att återkräva egendom som moderbolaget traderat till ett dotterbolag.

⁶⁸² Se NJA 1995 s. 367 I (s. 375n), Håstad (2) s. 232y.

Vi finner alltså att mycket talar för att doktrinen måste betrakta denuntiationsfall på ett principiellt likvärdigt sätt som tradition. Samtidigt finns det mycket som tyder på att doktrinen får vissa problem om de söker genomföra en sådan syn. I fallet ovan kan vi givetvis inte hänvisa till att MB:s ledning skulle vara förhindrade att återkräva egendomen i DB2 p.g.a. att DB2 ej ägt utdela motsvarande belopp till MB enligt 12 kap. ABL. DB2 innehar ju enbart egendomen som tredje man för DB1 och har inget äganderättsanspråk på densamma. I detta läge kan givetvis inte återlämnande av egendomen till MB vara att anse som vinstutdelning enligt 12 kap ABL. Således kan vi inte hänvisa till en plikt hos DB2 att iaktta 12 kap som skäl till att låta sakrättsligt skydd inträda för DB1. Frågan är då hur vi i så fall skall betrakta möjligheterna att uppnå sakrättsligt skydd genom denuntiation mellan dessa dotterbolag i koncernen?

Vi saknar här alltså både direkt tillämplig praxis och doktrin. Detta medför givetvis att varje försök till bedömning innehåller ett betydande mått av osäkerhet. Vi finner att det här finns två alternativa vägar att gå. Det första alternativet är att låta den avtalsmässiga lojalitetsplikten som ställföreträdarna i DB2 har gentemot DB1 bli avgörande för om sakrättsligt skydd föreligger. Det andra alternativet är att helt underkänna användande av denuntiation i denna situation. Att ta hänsyn till den på avtal grundade plikten medför emellertid att sakrättsligt skydd alltid skulle inträda vid denuntiation i en koncern men att vi skall göra en särskild prövning vid tradition. Vad motiverar en sådan skillnad mellan de sakrättsliga momenten? Vore doktrinen av denna åsikt blir deras inställning vid tradition även i ett annat avseende motsägelsefull. Varför skall just plikten att iaktta 12 kap ABL och inte iakttagande av lojalitetsplikten i förhållande till dotterbolaget avgöra vid tradition när den på avtal grundade lojalitetsplikten, i så fall, avgör vid denuntiation?

Om vi nu alltså inte kan hänvisa till 12 kap. ABL som vattendelare för sakrättsligt skydd vid denuntiation mellan dotterbolag blir frågan: Vad skall vi då beakta? För att doktrinens åsikter skall bli stringenta tvingas vi i princip godta alternativ två ovan och helt underkänna möjligheten att använda denuntiation mellan dotterbolag inom koncernen. Moderbolagets möjligheter att återkräva egendomen är ju i alla fall i ljuset av 12 kap obegränsade.

Vid denuntiation kan vi inte heller hänvisa till lojalitetsplikten, mot det egna bolaget, hos ställföreträdarna i det innehavande bolaget. Ett återlämnande av egendomen till moderbolaget kommer väl i sig inte att skada detta bolag. Möjligen kan vi istället hänvisa till den avtalsrättsliga plikten för innehavaren av egendomen att innehålla denna för köparens eller panthavarens räkning. Huruvida denna plikt kan anses vara tillräcklig för sakrättsligt skydd är emellertid mycket osäkert p.g.a. NJA 1972 s. 246 och spörsmålet torde få avgöras i framtida praxis.

18.4.3.5.3 Denuntiation från dotterbolag till moderbolag

Hur ser faller sig då saken när denuntiation istället sker till moderbolaget. Vi kan tänka oss den situationen att ett dotterbolag avser att överlåta en lastbil till ett annat dotterbolag. Lastbilen innehas emellertid av moderbolaget. Frågan blir härvid som denuntiation till moderbolaget medför sakrättsligt skydd för transaktionen. I denna situation finns inte något skäl att ta särskild hänsyn till överlåtarens kontrollerande ställning i förhållandet. Dotterbolaget kan ju givetvis inte beordra moderbolaget att återföra lastbilen och på detta sätt underlåta att iaktta det köpande bolagets intresse.

Å andra sidan är det inte helt uteslutet att identiskt ställföreträdarskap i moderbolaget och de överlåtande bolagen helt skulle utradera denna skillnad i förhållande till denuntiation mellan dotterbolag. Vi måste ha i åtanke resonemangen i NJA 1972 s. 246. Faktum är att HD i detta mål inte tog upp till konkret prövning vilken konkret maktsituation som rådde mellan parterna d.v.s. bolaget och stiftelsen i pantavtalet. Möjligen tyder detta på att redan den situationen att identiska ställföreträdare brukas i samtliga bolag i sig faktiskt omöjliggör denuntiationen. Att dotterbolagets ledning inte kan få förhållandet att upphöra genom att beordra moderbolaget mister kanske sin vikt när samma ställföreträdare skall göra avvägandet med enda skillnaden att de formellt agerar i rollen av ställföreträdare i olika bolag.

18.4.3.6 Sakrättsligt misstroende inom koncerner?

I avsnitt V.4.3.3.2 diskuterades huruvida gällande rätt i vissa fall kan anses misstro bl.a. ställföreträdare. Vi kom här fram till att misstro i sig knappast kan anses ligga till grund för de sakrättsliga momenten som sådana och att det är svårt att definiera någon allmän teori om misstroende av ställföreträdare. Vi tog i denna del utgångspunkt i

Håstads respektive Lindskogs tolkningar av främst NJA 1972 s. 246. Efter analysen av dessa båda författares tolkningsalternativ fann vi att Lindskogs tolkning nog har mest fog för sig även om detta förhållande knappast är tillfredsställande. *Vi får alltså acceptera slutsatsen att HD inte tog hänsyn till plikten för ställföreträdaren att iaktta panthavarens intressen. Därmed kan ett misstroende sägas föreligga gentemot ställföreträdaren i målet p.g.a. dennes närståendeställning till pantsättaren.*

Av intresse för oss är nu att fråga oss huruvida vi undkommer ett motsvarande misstroende vid koncerninterna transaktioner? Som bakgrund till granskningen av detta skall vi hålla i åtanke att Lindskog kritiserar HD:s misstroende i NJA 1972 s. 246.⁶⁸³ Det samma gäller för Håstad som går så långt i sin kritik att han anför att vi inte skall fästa alltför stor vikt vid HD:s domskäl. Om båda dessa författare nu önskar undvika resonemang kring misstroende i koncernsammanhang är den givna utgångspunkten att söka undvika tillämpning av NJA 1972 s. 246. Vi har redan sett ovan att såväl Rodhe, som Håstad och Lindskog undviker att göra någon distinktion mellan det fallet att gemensamma ställföreträdare brukas och det fall att sådana ej brukas. Vi kan inte med säkerhet fastställa vad som ligger bakom detta. Om skälet är att söka undvika resonemang kring misstroende anser vi dock inte att doktrinen effektivt avfärdar sådana tolkningsmöjligheter. För detta krävs mer än att ignorera distinktionen mellan gemensamma och icke gemensamma ställföreträdare. Dessutom måste vi i så fall låta den materiella plikten för t.ex. ett dotterbolags ställföreträdare att iaktta i första hand dotterbolagets intressen vara avgörande för det sakrättsliga skyddets inträde. Håstad och Lindskog hänvisar emellertid, som vi sett, i generella termer, om än med något olika motiveringar, till hinder att återlämna egendom enligt 12 kap ABL. Motiven är alltså dels ställföreträdarens skadeståndsskyldighet vid brott mot dessa regler (Håstad) dels att lydnaplikt faller till förmån för lojalitetsplikten mot borgenärerna (Lindskog).⁶⁸⁴ Både skadeståndsskyldighet och lojalitetsplikt, om än inte mot borgenärerna, kan emellertid som vi sett ovan inträda på ett betydligt tidigare stadium. Redan brott mot likhetsprincipen medför ju detta. Vi antar att de generella hänvisningarna till 12 kap ABL som författarna gör enbart är förhastade men vi vill ändå framhålla att grund för misstroende kvarstår om inte lojalitetspliktens fulla utsträckning beaktas. Sker inte detta kommer ju den rättsliga plikten att iaktta förvärvarens/panthavarens intressen inte alltid att få betydelse.

Det skall här också noteras att misstroendet har tagits flera steg längre än vad som sker vid tolkningen av NJA 1972 s. 246. I detta rättsfall inskränktes ju misstroendet till en identisk ställföreträdare. Ser vi på det faktum att Håstad och Lindskog inte tar hänsyn till om sådant ställföreträdarskap föreligger i koncernbolagen utvidgas givetvis misstroendet. I praktiken kommer ju därmed alla ställföreträdare inom samma koncern att misstros. Misstroendet utvidgas emellertid ytterligare. I NJA 1972 s. 246 var ju fråga om det något speciella fallet att ställföreträdaren själv förvarade inteckningarna. I koncernförhållanden fastställs dock dessutom kategoriskt att tradition respektive denuntiation inte är tillräckligt ens mellan de två huvudmännen, d.v.s. koncernbolagen (när inte 12 kap ABL träder in). Utan närmare diskussion förs misstroendet ner till situationer när tradition eller denuntiation sker mellan huvudmännen.

18.5 Sammanfattning och lösningsförslag

18.5.1 Utgångspunkter

I doktrinen finns inledningsvis två olika inriktningar i diskussionen kring sakrättsligt borgenärsskydd vid koncerninterna transaktioner. Det finns de som närmast på formella grunder hävdar att tradition respektive denuntiation kan brukas på vanligt sätt i koncernen. Å andra sidan hävdar flera inom doktrinen att moderbolaget får anses ha den materiella makten att återkräva egendom som överlåtits till dess dotterbolag. Detta motiverar en mer sträng syn på möjligheterna att uppnå sakrättsligt skydd i koncerner. Sådant inträder enligt dem först om 12 kap ABL hindrar moderbolaget från att återföra egendom som förts till dotterbolaget.

⁶⁸³ Se Lindskog JT 91/92 s. 282

⁶⁸⁴ För vidare analys av lojalitetspliktens inträde se avsnitt III.3.3.2, III.3.5

Vi har ovan granskat dessa båda inriktningar och framhållit att det nog blir svårt att upprätthålla en traditionell syn på sakrättsliga moment i koncernen. Det vore en alltför formalistisk syn att enbart hänvisa till att ABL strikt skiljer på moder- och dotterbolag och låta rådighetsavskärande grunda sig på detta. Å andra sidan kan vi inte fullt ut acceptera att t.ex. en pantsättning från moder- till dotterbolag inte får sakrättslig effekt förutom när utdelningsspärren hindrar återlämnande enligt 12 kap ABL. En sådan syn på saken medför ju att det i en koncern med fullt friska bolag i strikt mening inte går att skilja moderbolagets egendom från dotterbolagets. Som exempel kan vi ta den situationen att all egendom som tillförts dotterbolaget kommer från moderbolaget. Har då de tillgångar som, vid varje tidpunkt, till sitt värde ryms inom utdelningsbara vinstmedel i dotterbolaget inte överförs med sakrättsligt skydd? Vore inte sådana effekter helt orimliga? Vid denuntiation har vi dessutom, i avsnitt V.4.4.3.5.2, sett att vi inte kan hänvisa till inträdet av 12 kap ABL för att motivera när sakrättsligt skydd inträder. Vi måste här antingen hänvisa till en avtalsrättslig lojalitetsplikt för ställföreträdare ("tredje man") eller helt underkänna detta sakrättsliga moment inom koncerner.

Vi har ovan försökt att visa de eventuella brister och effekter som finns i gällande rätt angående sakrättsligt skydd vid koncerninterna transaktioner. Effekter som doktrinen åsiter bidrar till är bl.a. ett ytterligare fördjupat sakrättsligt misstroende av ställföreträdare. Istället för misstroende av identiska ställföreträdare utsträcks detta i princip till alla ställföreträdare och till att gälla inte bara när huvudmännen t.ex. låter ställföreträdare förvara egendom utan även när tradition eller denuntiation sker mellan bolagen.

Hur skall då möjligheterna att erhålla sakrättsligt borgenärsskydd vid transaktioner från moderbolag till dotterbolag rimligen utformas? Rättsläget är mycket osäkert i och med att direkt tillämplig praxis helt saknas. Vi vill emellertid peka på några möjliga delvis alternativa lösningar som väl närmast blir att betrakta som lösningar de lege ferenda.

18.5.2 Betydelsen av identiskt ställföreträdarskap

I doktrinen fastställs ofta i generella termer t.ex. att *moderbolag* inte har instruktionsmakt gentemot sina dotterbolag, att *dotterbolaget* har att självständigt pröva instruktion från moderbolaget eller att *dotterbolaget* i första hand skall se till sina borgenärs intressen.⁶⁸⁵ Ett bolag kan emellertid aldrig agera utan sina ställföreträdare! Koncerninterna transaktioner sker genom ställföreträdarna. Eftersom ett dotterbolag måste agera via sina ställföreträdare är det inte omöjligt att praxis skulle fästa vikt vid ställföreträdarens lojalitetsband med moderbolaget genom dubbelt ställföreträdarskap.

I avsnitt III.4.5.2 har vi sett att det är tämligen vanligt förekommande att samma person innehar dubbelt ställföreträdarskap inom koncernbildningar. Vi fastställde här att en sådan situation föreligger när en person är just ställföreträdare enligt ABL i moderbolag och dotterbolag. Vi fastställde också att det ligger nära till hands att anta att en person som tar beslut i rollen som ställföreträdare i moderbolaget tar samma beslut som ställföreträdare i dotterbolag inom samma koncern.⁶⁸⁶ En mycket koncernlojal ledning kan på så sätt åstadkommas i dotterbolagen.

Om den situationen föreligger att moderbolag och dotterbolag har exakt samma ställföreträdare är frågan om vi alltså inte ändå måste ta viss hänsyn till detta. Att vid överlåtelse från moderbolaget fastställa att dotterbolagets ställföreträdare har en förpliktelse att iaktta dotterbolagets intressen klingar ganska snabbt ut. Detsamma gäller i denuntiationsfallet mellan två dotterbolag för dessa ställföreträdarens plikt att iaktta ett förvärvande/panthavande koncernbolags intressen. Det synes mycket sannolikt, för att inte säga säkert, att dotterbolagets ställföreträdare inte kommer att gå emot direktiv från sig själva som aktörer i moderbolaget! Genom att ställföreträdarna är identiska kan vi knappast göra skillnad mellan t.ex. en plikt mot dotterbolag och plikt mot moderbolag. Dessa plikter torde bli chimärer och ersättas av en strävan efter att uppnå vad som bäst uppfyller koncernens intresse.⁶⁸⁷

Det identiska ställföreträdarskapet medför inte enbart problem när tradition sker från moderbolag eller denuntiation sker mellan dotterbolag utan även vid tradition eller denuntiation från dotter- till moderbolaget. Vi har i avsnitt V.4.4.2.3, V.4.4.3.5.3 sett att doktrinen inte särskilt behandlat det problemet. Detta synes bero på att

⁶⁸⁵ Se Lindskog JT 91/92 s. 281n, 282ö, Hästad (2) s. 293 not 27.

⁶⁸⁶ Se avsnitt III.4.5.2.2.4 ovan.

⁶⁸⁷ Se avsnitt III.4.5.2 ovan.

dotterbolaget inte kan beordra att återlämnande sker av egendom eller upphäva moderbolagets innehav som tredje mans. En sådan åtgärd sker frivilligt från moderbolagets sida och utan inverkan från det överlåtande dotterbolaget. Om emellertid den situationen föreligger att samtliga bolag i koncernen har identiska ställföreträdare blir den materiella skillnaden mellan moderbolagets makt och dotterbolagets brist på densamma enbart en formalitet vilket också i viss mån synes vara grunden för utslaget i NJA 1972 s. 246. Agerandena styrs då i hög grad av koncernens intressen och bedöms det, i detta perspektiv, som fördelaktigt att moderbolaget återlämnar egendom till dotterbolaget sker det. Men att då tala om "frivilligt" återlämnande är givetvis meningslöst.

I en helägd koncern där gemensamma ställföreträdare brukas är det därför inte omöjligt att en domstol skulle hålla fast vid principerna som uttrycks i NJA 1972 s. 246. Istället för att hänvisa till en högst hypotetisk plikt för ställföreträdarna att, t.ex. iaktta dotterbolagets eller ett förvärvande/panthavande bolags intresse, kommer möjligen lojalitetskonflikten att anses per se vara så betydande att tilltro inte kan fästas till den gemensamma ställföreträdaren i detta avseende. Sakrättsligt skydd för koncerninterna transaktioner skulle då möjligen inte kunna uppnås genom normal tradition eller denuntiation i detta fall. Rådigheten till egendomen kvarstår nämligen i princip intakt hos moderbolaget.

Vad som skulle kunna tänkas gälla utanför detta fall är dock osäkert. Vi vet inte vad som kan tänkas gälla om enbart några av ställföreträdarna i koncernbolagen är identiska. Skall vi i så fall se på om dessa ställföreträdare har möjlighet att överrösta de enkla ställföreträdarna genom majoritet eller kompetens. Vidare kanske delvis andra hänsyn får tas i en delägd koncern där alla ställföreträdare är identiska. Möjligen finns här motiv till en mer materiell bedömning av styrkan i ställföreträdarnas lojalitetsplikt. Här får kanske hänsyn tas till ställföreträdarnas lojalitetsplikt gentemot både bolag och plikten gentemot minoritetsägare i dotterbolaget att iaktta likhetsprincipen i 8:34 ABL. Situationen kommer vid sådana hänsynstaganden att likna den i nästa avsnitt och bedömningen blir sannolikt likvärdig.

Intressant att notera är att en utveckling av det sakrättsliga misstroendet i NJA 1972 s. 246 för identiska ställföreträdare i koncerner får vissa svårbegripliga konsekvenser. *I avsnitt III.4.5.2.2.4 har vi noterat att ABL godtar inrättande av identiska ställföreträdare i koncernsammanhang. Här konstateras ju att det i 8:20 2 st. 2 p. och 8:28 2 st. 2 p. finns uttryckliga undantag från ställföreträdarjäv för denna situation. Är det då inte märkligt att vi för situationer, när denna möjlighet till identiskt ställföreträdarskap använts, skall genom någon form av "sakarättsligt betingat jäv" kunna underkänna rättshandlingar borgenärsskydd?*

18.5.3 Vad har lojalitetspliktens inträde för betydelse?

Även när identiska ställföreträdare inte finns i koncernbolagen har NJA 1972 s. 246 viss betydelse för resonemangen. I NJA 1972 s. 246 fästes ju ingen vikt vid en ställföreträdarens underliggande skadeståndsskyldighet för det fallet att panthavarens intresse ej iaktogs. Skall vi då helt underkänna möjligheten att ta hänsyn till ställföreträdarens plikt att iaktta dotterbolagets intressen? Doktrinen hänvisar delvis till en sådan plikt genom att betrakta 12 kap ABL som avgörande för sakrättsligt skydd i koncernsituationer. *Själva har vi svårt att ge en bestämd uppfattning i frågan om vi alls kan ta hänsyn till ställföreträdarens skadeståndsskyldighet eller lojalitetsplikt vid koncerninterna transaktioner. I avsnitt V.4.3.4 har vi fastställt att detta nog är svårt utanför koncernsituationer p.g.a. just NJA 1972 s. 246. Vi kan som påpekats i avsnitt V.4.4.3.4.3 (Osäkerhet om vi alls kan hänvisa till skadeståndsskyldighet) enbart spekulera i om en domstol skulle konstatera detsamma i just en koncernsituation.*

Doktrinen tar emellertid uttryckligen hänsyn till den potentiella skadeståndsskyldigheten i det att de hänvisar till 12 kap ABL som gräns för när sakrättsligt skydd inträder. *Om en domstol vore att fastställa att dylik hänsyn alls kan tas tror vi dock inte att utslaget kommer resultera i brukande av just 12 kap ABL som avgörande för inträde av sakrättsligt skydd.*

Möjligen tyder redan det faktum att vi aldrig kan bruka motsvarande resonemang i fall där denuntiation skett mellan dotterbolag på denna slutsats. Om vi alltså kan fästa vikt vid en ställföreträdarens avtalsrättsliga lojalitetsplikt i visst hänseende, varför skall i så fall ställföreträdarens lojalitetsplikt i traditionsfallet tillmätas vikt först när 12 kap ABL inträder medan en liknande lojalitetsplikt i denuntiationsfallet skall få fullt genomslag? Ett

moderbolags möjligheter att utöva makt är lika omfattande i båda fallen. Erkände vi en dylik skillnad skulle vi alltså få en, så vitt vi kan förstå, omotiverat större möjlighet att uppnå sakrättsligt skydd genom denuntiation än vid tradition för koncerninterna transaktioner.

Vi har ovan i avsnitt V.4.4.3.4.3, V.4.4.3.4.4 fastställt att en ställföreträdare i ett dotterbolag har en lojalitetsplikt mot detta bolag.⁶⁸⁸ Denne skall bortse från direktiv som kan leda till skada för bolaget. Skadar han ändå bolaget kan skadeståndsskyldighet *gentemot bolaget d.v.s. förvärvaren/panthavaren* inträda enligt 15:1 1p ABL. Denna skada kan bestå i t.ex. att en tillgång har återförts till ett lågt bokfört värde till moderbolaget när högt marknadsvärde förelegat utan att något värde tillförs dotterbolaget. Att vinstutdelning inte blir aktuellt i detta läge p.g.a. nettodomen (NJA 1995 s. 742) är oväsentligt i detta läge. Ansvar p.g.a. lojalitetsplikten kommer alltid att aktualiseras innan, eller i alla fall parallellt med, reglerna i 12 kap ABL.

Reglerna i 12 kap ABL avser alltså att skydda borgenärerna till ett aktiebolag. Eventuell skadeståndsskyldighet p.g.a. brott mot 12 kap ABL aktualiseras alltså i praktiken *gentemot borgenärerna*. Utanför koncerner hänvisar doktrinen dock normalt till plikten att iaktta *förvärvarens/panthavarens intresse* som den sakrättsligt relevanta plikten för en ställföreträdare.⁶⁸⁹ Varför skall vi inom koncerner i första hand hänvisa till plikten att iaktta *förvärvarens/panthavarens borgenärs intresse*? Vi anser att det förstnämnda skall gälla även inom koncerner. Detta innebär att vi för fastställande av sakrättsligt skydd vid koncerninterna transaktioner inte alls behöver hamna i de problem och dilemman som vi sett att doktrinen hamnar i. Det krävs ingen prövning enligt 12 kap ABL med den osäkerhet detta innebär. Eftersom lojalitetsplikten inträder på ett tidigare stadium och ibland i helt andra situationer torde nämligen inte prövning enligt 12 kap ABL bli nödvändig.

Här kan den som är bevandrad i bolagsrätt komma att invända att vi missuppfattat betydelsen av skälen bakom olika regler inom ABL. Lojalitetsplikten i sig kan nämligen knappast åberopas av aktiebolagets borgenärer. Redan skada för bolagets del kan därför inte tillåtas vara avgörande här. Borgenärerna är ju inte taleberättigade förrän spärrarna i 12 kap ABL aktualiseras. Vi vill dock inskräpa att en dylik syn på saken inte vinner skäl för sig. *Borgenären har givetvis alltid rätt att göra gällande att sakrättsligt fullbordad transaktion inte föreligger. Att borgenären sedan inte kan göra gällande ansvar för den plikt som varit relevant för att uppnå sakrättsligt skydd är i sig inget uppseendeväckande. Utanför koncerner är ju enligt doktrinen det avgörande att ställföreträdaren är skadeståndsskyldig mot förvärvaren/panthavaren inte huruvida detta också gäller gentemot förvärvarens /panthavarens borgenärer.*

Det skall här också iakttas att möjligheten till ansvarsgenombrott, inom ramen för ABL, faktiskt inte tar hänsyn till huruvida brott skett mot aktieägarskyddande eller borgenärsskyddande regler. I rekvisiten härför tas nämligen, som vi redan påpekat i avsnitt III.5.3.2.3, hänsyn även till utpräglade åsidosättanden av grunderna i 8 och 9 kap. ABL trots att det är borgenären som väcker talan. I extrema situationer finns alltså redan inom aktiebolagsrätten möjligheter att sanktionera utpräglade brott mot lojalitetsplikten oavsett om samtliga aktieägare konsekvent godtagit en sådan ordning. Vi skall genomföra en utförligare analys av ansvarsgenombrott i koncerner i avsnitt V.5.2.

18.5.4 En helhetsbedömning av de koncerninterna förhållandena avgör?

18.5.4.1 Bedömning av normalt förfogande?

Vi har i de två ovanstående delvis alternativa tolkningarna av det sakrättsliga skyddets inträde tagit hänsyn enbart till två variabler. Den första avser inverkan av identiskt ställföreträdarskap och den andra avser huruvida det finns utrymme att betrakta en ställföreträdarens lojalitetsplikt mot det egna bolaget. Det är emellertid inte omöjligt att vi förutom dessa beaktanden måste införa en eller flera andra faktorer för att kunna ge en rimlig lösning på de sakrättsliga problemen i koncerner. Båda lösningarna ovan är möjligen allt för generella för att de skall kunna accepteras i det praktiska ekonomiska livet. *Kan vi verkligen underkänna möjligheten att med*

⁶⁸⁸ Lojalitetsplikten har även allmänt analyserats i avsnitt III.3.5, III.4.6.

⁶⁸⁹ Se Lindskog, JT 91/92 s. 280x, Walin, Separationsrätt s. 18y.

sakrättslig verkan överföra egendom bara för att bolag har gemensamma ställföreträdare? Kan vi verkligen i varje enskilt fall nöja oss med att se på en relativt otydlig lojalitetsplikt för ställföreträdare i dotterbolaget för att fastställa sakrättsligt skydd? Vilka faktorer som kan bli aktuella att ta hänsyn till kan vi givetvis inte bestämt fastställa. Möjligen kommer framtida praxis att i större utsträckning beakta huruvida moderbolagets ställföreträdare, vid en samlad bedömning, kan anses inneha en möjlighet att normalt förfoga över egendom i dotterbolaget i likhet vad som fastställdes i NJA 1956 s. 485.

Begreppet ”koncern” innefattar många olika maktsituationer.⁶⁹⁰ Koncernen kan bygga såväl på konsortialavtal, visst ägande och rätt att utse mer än hälften av styrelseledamöterna alternativt fullständigt ägande. Av detta följer givetvis att moderbolaget har olika möjligheter att förfoga över dotterbolagets egendom beroende på koncernbildningens karaktär. Vi anser att detta nog bör vägas in i den sakrättsliga bedömningen. Är den reella ägarmakten relativt svag har moderbolaget ju de facto kanske inte maktmedel nog att kunna genomdriva t.ex. ett återkrav av egendom i dotterbolaget. Vi måste kanske också fråga oss hur långt vi kan gå i kraven på sakrättsliga moment innan vi helt uttraderar bolagen i koncernen som självständiga rättssubjekt och juridiska personer. Någon enhetssyn på koncerner existerar strängt taget inte vare sig i ABL eller i t.ex. KL. Är det då rimligt att vi inför så stränga krav för möjligheten att uppnå sakrättsligt skydd i koncernen att vi i praktiken inför en enhetssyn ”bakvägen”.

Kanske kommer, i ett framtida resonemang, såväl ägarmakt, ställföreträdarskapets karaktär och lojalitetsplikten att vägas in i en helhetsbedömning av huruvida normalt rådighetsavskärande skett.

18.5.4.2 Kan ökad betoning av publicitetskravet komma att ske?

I avsnitt V.4.4.2.5 nämndes att doktrinen ser ett problem i rent bokföringsmässigt genomförda transaktioner t.ex. i form av koncernbidrag där fysiskt överflyttande av egendom aldrig sker. För de inom doktrinen som i princip alltid underkänner koncerninterna transaktioner oavsett om de fullbordats i fysisk mening, p.g.a. moderbolagets återkravsmöjlighet, uppkommer givetvis oöverstigliga problem att erkänna enbart bokföringsmässigt överförd egendom i sakrättslig mening. Frågan är emellertid om gällande rätt helt utesluter resonemang där bokföringen får viss sakrättslig betydelse. Rättsläget är här mycket osäkert. Klart är att sådana bokföringsmässiga överföringar torde vara mycket vanligt förekommande mellan koncernbolag. Vad som gäller i detta avseende är därför mycket betydelsefullt i det praktiska ekonomiska livet. Det kan här, som ovan fastställts, ifrågasättas om och när sakrättsligt skydd skall medges vid sådana transaktioner. Uppkommer sakrättsligt skydd när ”...beslut fattas om att ge koncernbidrag, vid räkenskapsårets utgång, då bidraget syns i årsredovisningarna eller först då dessa årsredovisningshandlingar blir fastställda av bolagsstämman?”⁶⁹¹

Spörsmålet har inte tagits upp i praxis. Saken kommenterades dock något av JustR Svensson i Mål Ö 3863-98 i ett särskilt tillägg för egen del. Uttalandet rör inte koncernförhållanden utan det fallet att en ensam person är aktieägare och företrädare ett aktiebolag. Vi talar alltså om mycket små förhållanden där bolaget håller till i ägarens bostad. Upptar bolaget härvid lån från aktieägaren, varvid bolaget lämnar företagshypoteksbrev som säkerhet, menar JustR Svensson att det knappast kan fästas helt avgörande vikt vid tradition från bolagets kassaskåp till t.ex. ägarens byrålåda. Allt sker inom samma lokal och upplåtelsen blir ”...inte synlig för tredje man...”⁶⁹² Istället menar han, bör vi fästa större vikt vid publiciteten som redovisning av ställda panter enligt årsredovisningslagen medför. Har ”...företagshypoteket redovisats enligt dessa bestämmelser och årsredovisningen offentliggjorts...på föreskrivet sätt...kan man...ta förhållandevis lätt på hanteringen av hypoteksbrevet...”⁶⁹³ Vilket rättskällevärde Svenssons uttalande har är givetvis diskutabelt. Uttalandet öppnar emellertid något för ett beaktande av publicitetsintresset före beaktande av rådighetsavskärande i fall då det kan uppstå svårigheter att alls uppnå just avskuret faktiskt rådighetssken. Möjligen kan motsvarande resonemang anföras till stöd för att t.ex. bokföringsmässigt utförda koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag skall erkännas sakrättsligt skydd redan genom att dessa redovisas öppet i årsredovisningen och denna offentliggjorts. Även för dessa fall framstår ju ett åstadkommande av rådighetsavskärande mellan bolagen som svårt att uppnå.

⁶⁹⁰ Se avsnitt II.4.4, III.4 ovan

⁶⁹¹ Se Folkesson s. 191n, 192ö.

⁶⁹² Se tillägget 3 st m

⁶⁹³ Se tillägget 3 st n.

Det tål emellertid att påpekas att tilltro till redovisningshandlingar i sakrättsligt hänseende är en mycket kontroversiell fråga. Håstad uttrycker t.ex. att redovisning på visst sätt är "...ett mycket tvivelaktigt sakrättsligt moment."⁶⁹⁴ Redovisningshandlingar och redovisnings-lagstiftning är knappast utformade för att fylla en sådan funktion. Att göra det sakrättsliga skyddet beroende av dessa instrument kan leda till ökade möjligheter för manipulationer och för "...att i efterhand påverka den sakrättsliga bedömningen."⁶⁹⁵

Å andra sidan är det inte otänkbart att en utveckling mot ökad betoning av publicitetskravet ligger i linje med senare års utveckling i praxis.⁶⁹⁶ Vi skulle då i likhet med vad som numera skett genom NJA 1986 s. 217 och NJA 1995 s. 367 I och II beträffande denuntiation i så fall godta ett mindre hänsynstagande till vad som traditionellt ansetts gälla för sakrättsligt giltig tradition för fall där praktiska skäl talar för att vi annars kan sätta ingående parter i ett orimligt läge. Uppfyllande av en rimlig grad av publicitet kan möjligen läka ett bristande rådighetsavskärande.

Någon kanske är böjd att hävda att vi här inte tar i beaktande NJA 1996 s. 52. Här ansågs själva rådighetsavskärandet vara av avgörande betydelse vid pantsättning av löpande skuldebrev. Vi vill emellertid påpeka att detta fall rörde ett ordinärt pantsättningsfall utanför koncernförhållanden. I fallet fanns alltså inga särskilda skäl att åsätta ett lägre krav på rådighetsavskärande på det sätt som möjligen är motiverat vid koncerninterna transaktioner.

19 Konkursbos aktiebolagsrättsliga återkravsmöjligheter

19.1 Återkravsmöjligheter enligt 12:5 ABL?

19.1.1 Inledning

Det finns en rad olika aspekter att tänka på vid fastställande av varje konkursbos förmögenhetsmassa när konkurser sker inom en koncern. För det första får utredas vad som tillhör vem. Här avgör, som vi granskat i föregående avsnitt, sakrättsliga regler. Vi har ovan sett att rättsläget i denna del är mycket osäkert. Vad vi nu skall granska är emellertid de aktiebolagsrättsliga regler som medför att även sakrättsligt fullbordade transaktioner i vissa fall kan återkrävas av konkursboet. Om ett dotterbolags konkursbo kan utreda att egendom som, vid konkursutbrottet, finns hos ett moderbolag har överförts hit genom utbetalningar från dotterbolaget kan denna egendom möjligen återkrävas enligt 12:5 ABL. Betalningen måste då ha varit olovlig enligt 12:2 ABL.⁶⁹⁷

19.1.2 Talerätten

Konkursboet har talerätt i frågor rörande återbäringsskyldighet och bristtäckning som företrädare för borgenärerna.⁶⁹⁸ Det skall emellertid påpekas att denna talerätt enbart omfattar utbetalningar i strid med just 12:2 ABL men omfattar inte regler uppställda i aktieägarnas intresse.⁶⁹⁹ Detta följer av att borgenärernas talerätt enbart omfattar brott mot regler uppställda att skydda deras rätt. Att en utdelning t.ex. ej beslutats i rätt ordning kan konkursboet alltså ej driva talan om.⁷⁰⁰ Regler om beslutsordning (12:3 ABL) vid vinstutdelning avser ju enbart skydda aktieägarna i bolaget.

19.1.3 Brukande av återbäringsskyldigheten

Ett koncernbolags återbäringsskyldighet mot ett annat brukar betecknas som ett indirekt ansvar inom koncernen.⁷⁰¹ Vi kan här tänka oss tre situationer:

⁶⁹⁴ Se Håstad (1) s. 43x.

⁶⁹⁵ Se a. st.

⁶⁹⁶ Se Johansson, SvJT 1997 s. 352m f.

⁶⁹⁷ Se avsnitt V.3.2 om 12 kap ABL ovan och avsnitt V.7.2.2 om koncernintressets betydelse.

⁶⁹⁸ Se Andersson (1) s. 647ö, Rodhe Balans 9/84 s. 14h m.

⁶⁹⁹ Se Lindskog s. 138y.

⁷⁰⁰ Se Andersson (1) s. 648x.

⁷⁰¹ Se Rodhe Balans 9/84 s. 14h y, Moberg s. 45y.

1. Moderbolaget har överfört egendom till dotterbolaget.
2. Dotterbolaget har överfört egendom till moderbolaget.
3. Dotterbolag har överfört egendom till annat dotterbolag.

Som ovan utretts i avsnitt V.3.2.2.1.4 kommer moderbolags överföring till dotterbolag normalt inte att kunna angripas som olovlig vinstutdelning p.g.a. värdeökningsteorin. I de två andra situationerna kan dock återbäringsskyldighet aktualiseras eftersom värdeöverföringar sker.

För att konkursboet skall kunna återkräva egendom från annat koncernbolag vid olovlig vinstutdelning krävs att det mottagande bolaget inte varit i god tro om att utdelningen var tillåten. Effekterna av de olika typer av strategier som ofta finns hos moderbolaget för att utöva kontroll över och integrera dotterbolagen medför emellertid att vi sällan kan tala om god tro inom koncernförhållanden.⁷⁰² Moderbolaget erhåller därmed mycket god insikt i dotterbolagens verksamhet. Detta förstärks ytterligare av den upplysningsplikt som dotterbolagen har i 8:38 2 p ABL. Dessutom har moderbolagets styrelse en plikt att "...fortlöpande bedöma...koncernens ekonomiska situation" enligt 8:4 1 st. ABL.⁷⁰³ Också dotterbolagens ledningar torde ofta erhålla god insyn i moderbolags och systerbolags verksamheter till följd av t.ex. deltagande i koncernledningen vilket medför att god tro nog ofta kan ifrågasättas även hos dem.⁷⁰⁴ I doktrinen synes också enighet råda om att, i alla fall, ett moderbolag torde ha mycket små möjligheter att åberopa sådan god tro.⁷⁰⁵ Som ovan nämnts i avsnitt V.3.2.4 är avsikten med godtrosregeln att skydda små aktieägare, som har liten möjlighet till insikt i stora bolag, från oväntad återbäringsskyldighet. I motiven anges också uttryckligen att "... (ä)r det fråga om aktieägare som tar aktiv del i bolagets skötsel...finns det knappast något utrymme för god tro...".⁷⁰⁶ Härav följer givetvis att ett moderbolag, som ju har att upprätta t.ex. koncernredovisning, knappast har möjlighet att åberopa god tro.

19.1.4 Brukande av bristtäckningsansvaret

Kan t.ex. ett återbäringsskyldigt moderbolag inte betala tillbaka vad man erhållit är det av intresse för dotterbolagets konkursbo att utreda om någon kan göras bristtäckningsansvarig.

Det är självklart att konkursförvaltaren kan väcka talan mot dotterbolagets egna bolagsorgan i vanlig ordning.⁷⁰⁷ Frågan är emellertid om förvaltaren även kan göra moderbolagets bolagsorgan ansvariga för bristen. Klart är att detta skulle innebära en analog tillämpning av 12:5 2 st.⁷⁰⁸ Enbart det utdelande bolagets egna organ synes nämligen omfattas av lagtexten vilket följer av hänvisningen till 15:1-6 ABL. Bolagsorganen i de olika koncernbolagen är alltså skilda från varandra i lagens mening.⁷⁰⁹ Vi får därmed granska om vi genom en analog tillämpning kan göra t.ex. moderbolagets styrelse ansvarigt för beslutet i dotterbolaget.

I denna analys måste vi hålla isär å ena sidan den objektiva bedömningen d.v.s. huruvida person omfattas av stadgandet och å andra sidan den subjektiva bedömningen.

Frågan huruvida 12:5 2 st. ABL kan tillämpas analogt har bedömts i NJA 1997 s. 418. I rättsfallet fastslår HD att analogi kan tillåtas "...inom snäva gränser."⁷¹⁰ Inom dessa gränser ansågs den som medverkar utan att rymmas inom 15:1-3, t.ex. koncernchef, falla.⁷¹¹ I doktrinen har även andra personer som haft stort inflytande över det utdelande bolaget inräknats så som stora kreditgivare "...eller annan som dikterar besluten i bolaget.", s.k. shadow director.⁷¹² Denna grund för bristtäckningsansvar kan vara av stor vikt att uppmärksamma i en situation där fristående ledamöter ingår i en koncernledning eller

⁷⁰² Se avsnitt III.4

⁷⁰³ Se avsnitt III.4.5.2.1.3

⁷⁰⁴ Se avsnitt III.4.5.2.1.4

⁷⁰⁵ Se Rodhe 9/84 s. 14vy.

⁷⁰⁶ Se Prop. 1975:103 s. 485m, (vår parentes).

⁷⁰⁷ Se närmare avsnitt V.3.2.4 ovan.

⁷⁰⁸ Se Prop 1975:103 s. 771 (Lagrådet).

⁷⁰⁹ Jfr. även Dotevall s. 114x.

⁷¹⁰ Se referatet s. 452 x.

⁷¹¹ Se Andersson (2) s. 99x.

⁷¹² Se a. a. s. 99x.

koncernstab.⁷¹³ Som vi sett i avsnitt III.4.7.2 lyder ju sådana ledamöter enbart under ett begränsat allmänt sysslomansansvar. Genom den nämnda utvidgningen av bristtäckningsansvaret utökas emellertid möjligheterna att göra dessa ansvariga. Även den som avser att skada intresse uppställt i 12 kap genom att medverka tillsammans med återbäringskyldig person omfattas. Till sist ansågs även den som medverkat som mottagare från en återbäringskyldig omfattas av 12:5 enligt rättsfallet. Inom denna relativt vida grupp av medverkande, shadow directors, torde även bolagsorgan i ett närstående koncernbolag falla. Därmed torde, med framgång, 12:5 2 st. objektivt sett kunna åberopas analogt mot t.ex. moderbolagets styrelse.

I subjektiv bemärkelse angav HD i NJA 1997 s. 418 inget särskilt subjektivt rekvisit för t.ex. shadow directors. I övriga fall av analog tillämpning krävde HD dock uppsåt.⁷¹⁴ De ansåg att detta krävdes för att analogin inte skulle hota "... omsättningens säkerhet och det praktiska ekonomiska livet...".⁷¹⁵ Andersson menar att HD:s tystnad vad gäller "shadow director" skall tolkas så att de subjektiva rekvisiten i 12:5 2 st. skall tillämpas "...på vanligt vis."⁷¹⁶ Med detta avser Andersson att de krav på minst vårdslöshet hos styrelseledamot, verkställande direktör och revisor, som anges i 15:1-3 skall gälla även för shadow director. I vårt fall innebär detta alltså att en analog tolkning inte förutsätter att något särskilt strängt subjektivt rekvisit uppfylls.

Viss mån av osäkerhet kan skymtas i Anderssons tolkning. HD hade i målet ej tagit ställning till stadgandets tillämpning gentemot en "shadow director". Målet rörde istället en tredje man som enbart medverkat genom att mottaga egendomen. Det kan tänkas att HD av denna anledning ej funnit anledning att bestämma det subjektiva rekvisitet för tillämpning utanför situationen i målet. Således är det möjligt att HD, om man tagit ställning till en "shadow director"-situation, krävt uppsåt. Rättsläget synes osäkert.

19.1.5 Innebär återbäringsanspråk enligt 12:5 separationsrätt?

Som vi sett ovan anses 12:5 ABL medföra att den otillåtna vinstutdelningen blir ogiltig. Innebär detta att det rättshandlande (d.v.s. utdelande) bolaget har separationsrätt till det utgivna i mottagarens konkurs? Vi kan här tänka oss situationen att moderbolaget i en koncern har dålig ekonomi. För att stödja moderbolaget överför friska dotterbolag medel hit. Detta sker utan beaktande av 12:2 ABL i form av koncernbidrag. Moderbolaget kan, som ovan påpekats, knappast åberopa god tro om att 12:2 iakttagits i dotterbolagen. Frågan blir då om dotterbolagen, när moderbolaget gått i konkurs, har separationsrätt till de medel som utgivits i strid med 12:2 ABL?

Doktrinens meningar går här isär. Vad är det egentligen för ogiltighet som stadgas i 12:5? Lindskog menar att återbäringsanspråket "...förmodligen är förenat med *borgenärsskydd*."⁷¹⁷ Försätts mottagaren i konkurs föreligger separationsrätt. Andersson hävdar emellertid motsatsen. Han framhåller att "...(r)ättsläget...sannolikt är det att separationsrätt...saknas."⁷¹⁸ Som skäl härför anger Andersson bl.a. att 12 kap ABL inte avser att skydda borgenärerna från att viss särskild egendom frånhänds dem utan enbart att inte värden försvinner. Ändamålsskäl skulle därför tala mot separationsrätt och för att en

⁷¹³ Med fristående avser vi ledamöter i koncernen avser vi sådana som inte innehar någon bakomliggande organställning enligt ABL. Jfr. avsnitt III.4.5.2.1.

⁷¹⁴ Se Andersson (2) s. 99n, 100x.

⁷¹⁵ Se referatet s. 453.

⁷¹⁶ Se a. st. Vi finner formuleringen något olycklig. Någon vanlig tillämpning rör det sig inte om eftersom analogin till sin natur inte rör de i stadgandena upptagna subjekten.

⁷¹⁷ Se Lindskog s. 125y.

⁷¹⁸ Se Andersson (2) s. 81ö (vår parentes). Stöd för denna slutsats anser sig Andersson ha genom en vid tolkning av effekterna av NJA 1997 s. 418. Han menar att detta rättsfall i princip utesluter sakrättsliga verkningar av ogiltighet enligt 12:5. Detta kan ifrågasättas. HD tog inte uttryckligen ställning till sakrättsliga aspekter utan till huruvida 12:5 2 st (bristtäckning) kunde tillämpas extensivt. Så ansågs inte vara fallet. Andersson tolkar detta som att HD fränkande dylik ogiltighet vindikationsrätt och i förlängningen allt borgenärsskydd. Denna tolkning är tveksam.

fordringsrätt föreligger. Rättsläget är osäkert men med beaktande av att Lindskogs uttalande är relativt gammalt kan vi möjligen ana en viss förskjutning mot underkännande av separationsrätt. Saken torde få slutgiltigt avgöras av praxis eller lagstiftning.

19.2 Ansvarsgenombrott⁷¹⁹

19.2.1 Allmänt

Som ovan fastställts är aktieägare enligt 1:1 1 st. ABL ej personligt ansvariga för bolagets förpliktelser (avsnitt II.2.2). Detta är en, över allt, stående huvudregel. En liten möjlighet till undantag finns dock i det s.k. ansvarsgenombrottet. Som komplement till vad som gäller i 12:5 ABL kan det i en koncern med mycket långtgående integration av dotterbolag finnas en alternativ väg att återkräva värden till dotterbolagets borgenärer. Yrkande om ansvarsgenombrott kan då vara ett effektivt medel.⁷²⁰ Härigenom kan moderbolaget möjligen förklaras generellt ansvariga för dotterbolags skulder. Ett undantag från 1:1 1 st. ABL kan alltså åstadkommas. Redan inledningsvis skall det emellertid påpekas att sådan genomsyn enbart skett i speciella undantagsfall. *Det skall också påpekas att det givetvis inte är meningsfullt att yrka på ansvarsgenombrott om även moderbolaget i koncernen är på obestånd. En fordran mot moderbolaget, grundad på ansvarsgenombrott, är ju inte på något särskilt sätt prioriterad i dess konkurs.*⁷²¹

19.2.2 Allmänna rekvisit för ansvarsgenombrott

I doktrinen hänvisas ofta bl.a. till NJA 1947 s. 647 och NJA 1975 s. 45 när förutsättningarna för ansvarsgenombrott diskuteras.⁷²² Vilka rekvisit som här fastställs för ansvarsgenombrott är inte ostridit i doktrinen. Det råder emellertid i stort sett enighet om att detta bara kan ifrågakomma om det finns "...mycket starka skäl för att bortse från den juridiska person som valts för verksamheten."⁷²³ Några rekvisit som det ofta hänvisas till är dock:

1. Aktiebolagets osjälvständighet i förhållande till ägarnas verksamhet och förvaltning.
2. Underkapitalisering av aktiebolaget i förhållande till den bedrivna verksamheten.
3. Någon form av otillbörligt agerande ligger aktieägarna till last.
4. Makten ligger hos ett fåtal ägare.

I doktrinen synes råda enighet om att det inte är tillräckligt att enbart ett av ovan givna rekvisit uppfylls.⁷²⁴ När exakt gränsen går för ett befogat tal om ansvarsgenombrott är emellertid oklart.⁷²⁵

Av intresse här är att något fördjupa oss i frågan om det finns särskilda hänsyn vad gäller ansvarsgenombrott i koncernförhållanden.

⁷¹⁹ Det skall påpekas att vi här inte avser ansvarsgenombrott i vid bemärkelse t.ex. genom 13:2 4 st ABL utan det institut som utvecklats i praxis och doktrin.

⁷²⁰ Viss osäkerhet råder om huruvida det enbart är borgenärer som har talerätt eller om detta även tillkommer dotterbolagets konkursbo. I NJA 1975 s. 45 (se vidare nedan) ogillades konkursboets talan om ansvarsgenombrott. Av detta är det dock svårt att dra slutsatsen att konkursboet skulle sakna talerätt eftersom talan då rätteligen bort avvisas (Ekelöf II s. 54 f). Viss osäkerhet föreligger dock i detta avseende. Se Moberg s. 66y f.

⁷²¹ Detta var sannolikt skälet bakom att Stefan Lindskog inte yrkade på ansvarsgenombrott i den sk. Salén-tvisten. Även moderbolaget var nämligen försatt i konkurs. Tvisten rörde moderbolags ansvar för s.k. kommissionärsbolag och i dessa fall finns klar möjlighet att åstadkomma ansvarsgenombrott (Se vidare nedan, NJA 1975 s. 45). Se vidare de kändes yrkanden, Salén-domen s. 49ö ff.

⁷²² Se Moberg s. 58y ff, Rodhe 9/84 s. 15hy f, Andersson (2) s. 122 ff.

⁷²³ Se Brocker, Grapatin s. 36m.

⁷²⁴ Se Andersson (2) s. 131n ff, Kedner, Roos, Skog II s. 16y, Brocker, Grapatin s. 30 ff, Rodhe, Balans 9/84 s. 15 hm ff.

⁷²⁵ Se t.ex. Moberg s. 82x, Brocker, Grapatin 89x.

19.2.3 Ansvarsgenombrott i koncerner

19.2.3.1 Allmänt

Ansvar inom koncerner har i egentlig mening enbart behandlats i två rättsfall, NJA 1982 s. 244 och HovR för Västra Sverige mål T 272/89. Av allmänt intresse för framställningen är emellertid även NJA 1947 s. 647 och NJA 1975 s. 45. Viktigt är dock att påpeka att 1947-års rättsfall rörde utomobligatoriskt skadestånd medan 1975-års fall rörde inomobligatoriska förhållanden. Vidare rör inget av de sistnämnda fallen rena koncernförhållanden.

I NJA 1947 s. 647 ägdes ett dotterbolag av en stad och några industrier.⁷²⁶ Syftet var att bedriva dammverksamhet i bolaget. Till följd av brister i skötseln skadades en utomståendes mark. Bolaget kunde inte betala skadan. HD:s domskäl är vaga. Explicit uttalas enbart att verksamheten varit osjälvständig eftersom denna "...bestriits genom tillskott..." och att "...omständigheterna i övrigt..." motiverar ansvarighet för aktieägarna för skadan

I NJA 1975 s. 45 kontrollerades två systerbolag av samma fysiska person. Det ena bolaget A bedrev verksamhet i kommission för bolaget B. Bolagen hade självständig bokföring mellan sig men resultaten slogs samman varje år. Bolag A hade enbart tillgångar i kommissionsgodset men bedrev verksamheten under egen firma. Bolag A gick i konkurs och tvist uppkom om ansvar mot vissa borgenärer. HD fastslog att verksamheten i A hade osjälvständig karaktär men att enbart den personella gemenskapen ej kunde grunda ansvar för bolag B. Bolaget A hade emellertid haft otillräckliga tillgångar för verksamheten. Vidare såg HD ingen anledning att i enlighet med 56 § KommL fränkänna borgenärernas talan mot kommittenten (B) relevans i enlighet med principen om att borgenär till kommissionär ej kan vända sig mot dess huvudman.⁷²⁷ Detta fastslogs p.g.a. att förhållandet avvek från det normala i så hög grad. Bolaget fastställdes ansvarigt gentemot de aktuella borgenärerna.

I båda rättsfallen ovan hänvisar HD till former av *underkapitalisering*. En viktig skillnad mellan målen är dock att HD i det första fallet fäster självständig vikt vid, samt som huvudskäl anför, att *verksamheten, p.g.a. sin art, krävt större aktiekapital*, medan HD, i det senare fallet, anför de små tillgångarna, enbart som en del i argumentationen kring om kommissionsförhållandet medfört att 56 § KommL kunde åberopas mot ansvar. I enlighet härmed borde nog enbart NJA 1947 s. 647 anses stadga ett ansvarsgenombrott enligt allmänna principer medan NJA 1975 s. 45 nog bör ges innebörden främst av en restriktiv tolkning av 56 § KommL.⁷²⁸

19.2.3.2 Den ekonomiska organisationens betydelse

I NJA 1982 s. 244 rörde frågan ett moderbolags inomobligatoriska ansvar i en koncern. Den ekonomiska organisationen var uppbyggd så att *moderbolagets redovisning upptog alla inflytande medel*. Även alla koncernens leverantörsskulder upptogs i moderbolaget. I dotterbolagen redovisades dessa som skulder mot moderbolaget. Vidare fick leverantörerna information om att *fakturorna skulle ställas till moderbolaget*. När dotterbolaget försattes i konkurs gjorde två borgenärer gällande ansvar för moderbolaget. HD fastställde sådant *ansvar på kontraktsrättslig grund* p.g.a. koncernens ekonomiska organisation. Borgenärerna hade ägt uppfatta moderbolaget som ansvarigt för fordringarna.

Det skall påpekas att fallet inte rör ansvarsgenombrott i egentlig mening utan främst synes peka på att en koncerns organisation kan medföra ansvar bolagen emellan i konkreta avtalsrelationer. Organiserar sig koncernen så att den uppfattas som en enhet kan detta få genomslag i ansvarigheten gentemot tredje man.⁷²⁹ Rodhe pekar på att "... (f)allet ger exempel på en icke ovanlig nonchalans inför de juridiska aspekterna på

⁷²⁶ Dotterbolaget var inte ett renodlat sådant då ingen av ägarna dominerade detta.

⁷²⁷ 56 § Kommissionslagen anger att avtalspart till kommissionären inte erhåller någon fordringsrätt mot kommittenten utan enbart kan vända sig mot kommissionären. Det är denna huvudregel HD ifrågasätter i målet.

⁷²⁸ Se Moberg s. 65n, 66ö. Både Lindskog och Ramberg synes ifrågasätta det korrekta i att definiera NJA 1975 s. 45 som ett mål om ansvarsgenombrott. (Se nedan not 727)

⁷²⁹ Se Rodhe, Balans 9/84 s. 16h m.

koncernernas organisatoriska problem.”⁷³⁰ Här kan paralleller dras till NJA 1975 s. 45 där organisationen medförde att regler om kommission inte var tillämpliga.⁷³¹ Här precis som i NJA 1982 s. 244 synes istället den enhetliga och integrerade ekonomiska organisationen varit det avgörande.⁷³²

19.2.3.3 Särskilt om rekvisitet ”osjälvständighet”

19.2.3.3.1 Inledning

I frågan om ansvarsgenombrott är motiverat skall särskilt prövas huruvida det aktuella bolagets verksamhet varit osjälvständig i förhållande till ägarens/ägarnas verksamhet och huruvida självständig förvaltning funnits. Vi skall i detta avsnitt särskilt granska vad som skall inrymmas i en sådan bedömning.

19.2.3.3.2 Betydelsen av integrerad organisation av kontroll och ansvar

Av betydelse för huruvida ansvarsgenombrott kan aktualiseras, alternativt genomsyn liknande den i NJA 1982 s. 244, är tveklöst, inte enbart hur t.ex. en koncerns ekonomifunktioner är uppbyggda, utan även andra organisatoriska förhållanden kan få betydelse.

I mål T 272/89 från Hovrätten för Västra Sverige hade ett moderbolag skapat ett dotterbolag för att underlätta rekrytering av arbetskraft. Dotterbolagets verksamhet saknade enligt bolagsordningen vinstsyfte och hade enbart minimalt aktiekapital. Efter en avgiftsrevision försattes dotterbolaget i konkurs. Staten yrkade på solidariskt ansvar å moderbolaget för dotterbolagets obetalda avgifter. Hovrätten pekade på att dotterbolaget var underkapitaliserat och bedrev en med moderbolagets normala personalavdelning identisk verksamhet. Detta föranledde Hovrätten att anse bolagskonstruktionen som en skentransaktion för att undgå ansvar för verksamheten. Därmed ansågs moderbolaget ansvarigt för avgifterna.

Hovrätten fäste alltså i målet vikt vid att det i dotterbolaget saknats en egentlig självständighet gentemot moderbolaget. Målet föranleder Bocker och Grapatin att fastställa att även betydande modifieringar av dotterbolags organisation i förhållande till reglerna i ABL kan ha stor betydelse för frågan om ansvarsgenombrott.⁷³³ Inte enbart åsidosättande av strikt borgenärsskyddande intressen i ABL (genom t.ex. underkapitalisering) utan även grova åsidosättanden av t.ex. organisatoriska regler kan alltså aktualisera ansvarsgenombrott. Bocker och Grapatin menar att det ”...måste finnas en fungerande bolagsstämma och styrelse som i realiteten och inte bara ”på pappret” handhar de angelägenheter som aktiebolagslagen ålagt dessa organ.”⁷³⁴

Även NJA 1993 s. 188 berörde HD något organiserandet av ledningen inom en koncern och effekterna av detta. Målet rörde huruvida en konkurrensbegränsningsklausul, innebärande förbud att bedriva viss typ av verksamhet, kunde göras gällande mot ett systerbolag (B) till det bolag som ingått det aktuella avtalet (bolag A). Systerbolaget A hade ingått det aktuella verksamhetsavtalet med C som senare sades upp av motparten. Bolag A upphörde med verksamheten helt i enlighet med konkurrensbegränsningsklausulen. I detta läge överfördes emellertid personalen från bolag A till bolag B som genast började bedriva snarlik verksamhet för en konkurrent till C. HD konstaterade då att av ”...(v)ad som hittills förekommit i målet får...anses ge vid handen att [bolag A] och [bolag B] -- systerbolag i samma ägares hand och med samma ledning -- samverkat i syfte att kringgå konkurrensbegränsningsklausulen.”⁷³⁵ HD pekar alltså på att bolagen i praktiken haft samma ledning d.v.s. moderbolagets ledning. Systerbolagen var alltså i hög grad integrerade i moderbolaget vad gäller organisationen.

⁷³⁰ Se Rodhe, Balans 9/84 s. 16hn f.

⁷³¹ Se Moberg s. 66x. Ramberg menar att det avgörande var upplägget av kommittentbolagets redovisning där dotterbolagets skulder upptogs och menar att fallet ger uttryck främst för ett ansvarsåtagande.

⁷³² I litteraturen tas ofta NJA 1975 s. 45 upp som bevis för existensen av ansvarsgenombrott. Som vi sett i föregående avsnitt vill vi ifrågasätta om det är riktigt. I rättsfallet nämns inget explicit om krav på otillbörlighet och underkapitalisering utgjorde inget självständigt argument.

⁷³³ Se Bocker, Grapatin s. 56ö och s. 87x.

⁷³⁴ Se Bocker, Grapatin s. 56x.

⁷³⁵ Se NJA 1993 s. 188 (s. 191x). Våra parenteser.

Det skall påpekas att NJA 1993 s. 188 gällde ett åläggande av vitesförbud enligt RB 15:3 och de krav på skyndsamhet som ligger i sådana beslut kan innebära att prejudikatvärdet i målet förringas i viss mån.⁷³⁶

Den utveckling av ansvarsgenombrott som vi kan skymta i målen ovan är nydanande. Plötsligt skulle alltså borgenärerna i ett moderbolag kunna åberopa att ett dotterbolag åsidosatt aktieägarskyddande regler i form av t.ex. regler om lednings och bolagsstämmas ställning. Här måste vi givetvis beakta att bolags interna organisations osjälvständighet enbart utgör ett indicium bland flera när ansvarsgenombrott åberopas. Samtidigt synes kravet, m.h.t. Brockers och Grapatins uttalande, vara att det rör sig om mycket omfattande åsidosättande av de organisatoriska principerna i ABL. Faktum kvarstår dock: En allt för integrerad organisation av kontroll och ansvar kan medföra ökad anledning till övervägande av en genomsyn i koncernsammanhang.

19.2.3.3 Särskilt om inverkan av identiskt ställföreträdarskap i koncernen

Vi har i avsnitt III.4.5.2.2 sett att det inte är ovanligt att samma ställföreträdare används inom flera olika koncernbolag. Vi har också sett att detta är något som kan ha implikationer på möjligheterna att uppnå sakrättsligt skydd vid koncerninterna transaktioner (avsnitt V.4.5.2). Frågan blir då om brukande av identiska ställföreträdare kan anföras som ett skäl (bland andra) för ansvarsgenombrott. Mogren framför att det är oklart vilken vikt som kan läggas till den "...personella gemenskapen..." mellan koncernbolag.⁷³⁷ Han menar att sådant förhållande kan vara en "...förstärkande faktor, vars betydelse inte skall överdrivas."⁷³⁸ I ett särskilt utlåtande i NJA 1975 s. 45 antyds att hänsyn bör tas till identiskt ställföreträdarskap. Här anföras att "...det i sammanhanget bör nämnas att det i styrelserna för kommunen, Bolaget och Stiftelsen ingick delvis samma personer. Firmatecknarna var likaså desamma i Stiftelsen och Bolaget."⁷³⁹ Den personella gemenskapens eventuella inverkan kommenteras dock inte i domen.

Sammanfattningsvis föreligger alltså betydande oklarhet beträffande effekterna av identiskt ställföreträdarskap vid prövning av ansvarsgenombrott. Sådana förhållanden kan emellertid tänkas vägas in i en samlad bedömning.

19.2.3.4 Sammanfattning och slutsatser

Vad innebär då ansvarsgenombrottet som instrument i praktiken? Vi måste se ansvarsgenombrottet som ett uttryck för intentionerna att inom ABL balansera aktieägarintressen mot borgenärsintressen. Syftet är alltså att söka korrigera fall där aktiebolagsformen ur detta perspektiv använts "...på ett stötande sätt..."⁷⁴⁰ Vi måste dock komma ihåg att ansvarsgenombrottet faktiskt får definieras just som ett medel för att komma åt utpräglade kringgåenden av för aktiebolaget karaktäristiska regler. I detta ligger att ansvarsgenombrott alltså kan aktualiseras helt oberoende av om några absolut eller relativt tvingande regler i ABL faktiskt brutits eller ej. Det är alltså en fristående sanktionsmöjlighet för att upprätthålla grundtankarna i ABL. Här ser vi att ansvarsgenombrottet inte enbart genombryter 1:1 ABL för aktieägarna utan också genombryter uppdelningen i ABL mellan aktieägarskyddande och borgenärsskyddande regler. I ansvarsgenombrottet vägs kringgåenden av regler in oberoende av den tvingande karaktären hos dessa. Att dotterbolag bedrivs osjälvständigt, t.ex. på grund av utpräglat utnyttjande av corporate government-strategier i koncernen, utgör alltså ett indicium som kan tala för ansvarsgenombrott även om alla aktieägare godtagit dessa avsteg från den organisatoriska regleringen i 8 och 9 kap. ABL.

Hur kan vi då se på ansvarsgenombrottet som sanktion inom helägda koncerner mot bakgrund av analysen i avsnitten ovan? Helt klart är givetvis att makten i dessa fall uppfyller de krav på centralisering som uppställs i kriterium 4 ovan. Detta medför i sin tur som vi sett i bl.a. avsnitt III.4 att stora möjligheter finns att utforma en integrerad organisation och förvaltning inom koncernen. I de helägda koncernerna ligger därmed ligger inträdet

⁷³⁶ Se Brocker, Grapatins s. 61x.

⁷³⁷ Se Moberg s. 76y.

⁷³⁸ Se a. st.

⁷³⁹ Se Moberg s. 76m.

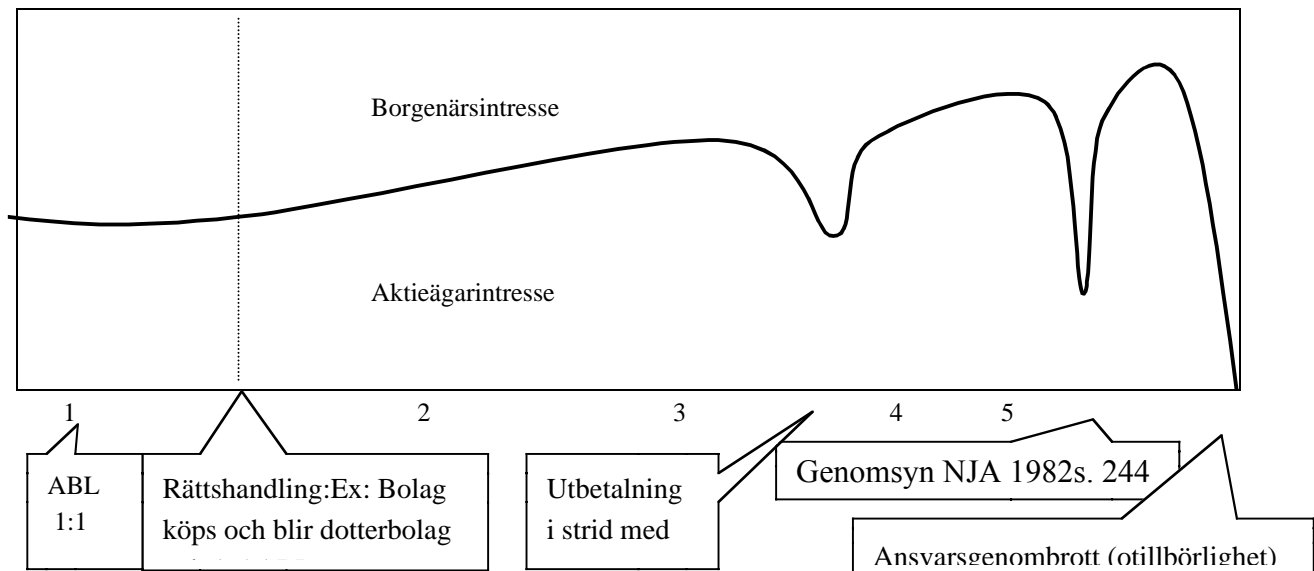
⁷⁴⁰ Se Kedner, Roos, Skog I s. 16y.

av kriterium 1 nära. Ansvarsgenombrott kräver emellertid även att dotterbolagens verksamhet är underkapitaliserad (kriterium 2) närmast i förhållande till verksamhetens risker. Till följd av att moderbolaget i koncernen strävar efter kapitaleffektivitet torde dotterbolagen ofta verka närmare gränsen för underkapitalisering eftersom moderbolaget, t.ex. via koncernbidrag, löpande kan täcka brister i kapitalbehovet hos dessa. Att låta ett koncernbolag behålla icke arbetande kapital när andra koncernbolag har större möjligheter att sätta resurserna i arbete kan ju knappast accepteras ur effektivitetssynpunkt. Vad till sist gäller otillbörlighetskriteriet innebär detta att en helhetssyn skall anläggas närmast på styrkan i inträdet av de olika rekvisiten ovan.

19.2.4 1:1 ABL, 12 kap ABL och ansvarsgenombrott

Vi skall nu slutligen se något på samverkan i den aktiebolagsrättsliga regleringen i koncernsammanhang. Den grundläggande variabeln att ta hänsyn till är strävan i ABL efter att uppnå en jämvikt mellan aktieägarnas intressen och borgenärernas intressen. Problemet som måste lösas är att olika rättshandlingar av ägarna ofta tenderar att förskjuta denna jämvikt till borgenärernas nackdel. Schematiskt kan man visa detta med nedanstående tidsmässiga skiss över situationen i Bolaget AB (se nästa sida):

Avvägning mellan borgenärs- och aktieägarintresset



I bilden ovan upptas fem punkter och vi skall nu granska dessa var för sig:

Under 1 föreligger balans mellan borgenärsintresse och aktieägarintresse. Bolaget AB är ett självständigt vinstgivande bolag. Begränsat ansvar hos ägarna, enligt 1:1 ABL, väcker här inga betänkligheter. Men så blir Bolaget AB uppköpt och helägt av ett moderbolag och långtgående organisatorisk samverkan och integration kan inledas. Efter uppköpet (se under 2) kan moderbolaget t.ex. besluta att dotterbolaget säljer sina tillgångar till bokförda värden till moderbolaget. Detta kan ej angripas med 12:2 ABL p.g.a. nettodomen (NJA 1995 s. 742). Dessutom kommer moderbolaget obehindrat av 12:2 att kunna bidra med pengar till dotterbolagets verksamhet enligt värdeökningsteorin.⁷⁴¹ Effekten blir att borgenärernas intressen medges mindre hänsyn till förmån för aktieägaren (moderbolaget). Viss obalans uppstår som inte kan korrigeras genom ABL.

Vid punkt 3 genomför emellertid dotterbolaget en vederlagsfri utbetalning till moderbolaget som ej ryms inom fritt eget kapital. Därmed träder ABL in genom 12:2. Återbäringsskyldigheten i 12:5 korrigerar tillfälligt obalansen mellan borgenärsintresset och aktieägarintresset.

Vid punkt 4 har koncernen organiserat sin redovisning på ett sådant sätt att leverantörer uppfattar moderbolaget som ansvarig för hela koncernen. Här träder eventuellt genomsyn enligt NJA 1982 s. 244 eller Hovrätten för Västra Sverige (mål T 272/89) in och korrigerar missförhållandet mellan intressena.

Bolaget AB försätts till slut i konkurs och det visar sig att detta varit underkapitaliserat, haft osjälvständig förvaltning och verksamhet samt att otillbörlighet kan lastas moderbolaget. Här träder punkt 5 in och ansvarsgenombrott kan aktualiseras för att bevaka borgenärsintresset. Därmed återställs jämvikten mellan ägare och borgenärer.

Vi kommer att återkomma till skissen ovan när vi analyserar effekterna av ett eventuellt koncernintresse inom ABL nedan.

⁷⁴¹ Se avsnitt V.3.2.2.1.4. När moderbolaget för över pengar till dotterbolaget kommer värdeminskningen i moderbolaget att motsvaras av ett ökat aktievärde i de aktier i dotterbolaget som moderbolaget äger. Någon värdeöverföring sker ej utan rättshandlingen sker inom moderbolagets egen balansräkning.

20 Återvinningsreglerna i 4 kap KL

20.1 Inledning

Om sakrättsligt skydd uppnåtts för transaktionen, se avsnitt V.4 ovan och den inte kan återkrävas enligt ABL 12:5, se avsnitt V.5.1 ovan, återstår det bara för konkursboet att försöka återvinna dem med hjälp av 4 kap i konkurslagen (KL).⁷⁴² Detta innebär att vi genomför en omvärdering av transaktioner som tidigare anses förenliga med de sakrättsliga principerna och ABL. Detta görs retroaktivt d.v.s. inom ramen för de frister som de materiella återvinningsregler i 4 kap utpekar.

Syftet med denna avdelning är, för det första, att rent deskriptivt redogöra för tillämpning av 4 kap i koncernsammanhang. Detta för att ge läsaren en grundläggande förståelse för återvinningsreglerna i KL innan vi längre fram i detta arbete begränsar oss till att analysera ett eventuellt utrymme för hänsyn till någon form av koncernintresse inom ramen för KL. Framställningen är inte heltäckande och lika djupgående i alla avseende utan vi har valt att lägga fokus på de regler som kan få materiell betydelse för koncernbolags transaktioner.

För det andra syftar denna del till att försöka peka på konkurslagens förhållande till aktiebolagsrätten d.v.s. huruvida en transaktion kan vara förenlig med ena rättsområdet men oförenlig med det andra.

20.2 Syftet med 4 kap KL

Återvinningsreglerna har två huvudsakliga syften enligt departementschefen.⁷⁴³ För det första skall de *motverka att borgenärer vidtar åtgärder för att förbättra sin position* när en gäldenär hamnar i ekonomiskt trångmål.⁷⁴⁴ För det andra skall återvinningsreglerna *motverka att gäldenären på ett illojalt sätt undandrar borgenärerna tillgångar*. Walin befarar dock att ovanstående beskrivning av reglernas funktion i vissa delar är orealistisk.⁷⁴⁵ Detta förtar dock, i och för sig, inte förarbetsuttalandets betydelse vid tolkning av de materiella reglerna, utan torde snarare vara ett uttryck för att Walin tycker att lagen, som sådan, inte helt och hållet lever upp till sina syften.

20.3 Systematiken i 4 kap KL

20.3.1 Koncernbolaget som separat juridisk person och ”gäldenärsbegreppet”

Redan i portalparagrafen i KL 1:1 fastställs att reglerna för konkurs tar utgångspunkt i viss gäldenärs tillgångar. Här stadgas att ”(g)enom konkurs tar en *gäldenärs* samtliga borgenärer i ett sammanhang tvångsvis i anspråk *gäldenärens* samtliga tillgångar för betalning av sina fordringar.”⁷⁴⁶ Detta följs upp i KL 3:3 där konkursboets egendom bl.a. definieras som ”...all egendom som tillhörde *gäldenären* när konkursbeslutet meddelades...”⁷⁴⁷ Hur är då närmare begreppet ”gäldenär” att tolka? I doktrinen anges att vi här har att genomföra en vanlig civilrättslig bedömning m.h.t. ”...om en viss förmögenhetsmassa i gäldshänseende har en självständig ställning...”⁷⁴⁸ Innebörden av detta är att förmögenhetsmassor mellan olika juridiska personer särskiljs inom KL. Varje enskilt aktiebolag utgör alltså till följd av sin karaktär av separat juridisk person gäldenär i en konkursituation. Av detta följer alltså sentensen att ”...en koncern kan aldrig försättas i konkurs utan endast de i koncernen ingående bolagen.”⁷⁴⁹

⁷⁴² Se Lennader (2) s.37x, 310nf, Folkesson s.180.

⁷⁴³ Se Prop. 1975:6 s.132

⁷⁴⁴ Tanken är att borgenärerna skall bli mer jämlika och inte tvingas kontinuerligt följa gäldenärens ekonomiska utveckling för att tillvarata sin rätt. Genom att hejda en kapplöpning efter gäldenärens tillgångar, vilket skulle öka risken för en omedelbar ekonomisk kollaps, ökas samtidigt chanserna för att hitta alternativa lösningar på gäldenärens problem vid sidan av konkurs. På detta sätt tillvaratas både borgenärs och gäldenärs intressen.

⁷⁴⁵ Se Walin (1) s.126y

⁷⁴⁶ Vår kursiv.

⁷⁴⁷ Vår kursiv.

⁷⁴⁸ Se Welamson s. 25x, jfr. Folkesson s. 178ö och 192m f.

⁷⁴⁹ Se Folkesson-Tropp s. 40vö.

Effekten av detta är alltså precis, som inom ABL, att borgenärskollektivet till ett aktiebolag enbart har att hålla sig till detta bolags förmögenhetsmassa även i konkursituationen. Precis som utanför konkurs gäller alltså 1:1 ABL om aktieägares frihet från ansvar för bolagets förpliktelser. Precis som genom återkravsmöjligheten i 12:5 ABL finns emellertid möjligheter för konkursborgenärerna att via 4 kap. KL återföra viss utförd egendom till aktiebolaget. Dessa återkravsmöjligheter skall vi analysera i avsnitten nedan.

20.3.2 Kopplingen mellan kapitalskyddet i ABL och återvinning i KL

Som vi nämnt i inledningen är ett problem som vi stött på i arbetet med denna uppsats att det i doktrinen helt saknas något egentligt försök att göra en funktionellt jämförande beskrivning mellan 12 kap ABL och 4 kap KL. Detta anser vi är förvånade eftersom reglerna oftast aktualiseras i samma situation d.v.s. när den juridisk personen försätts i konkurs.⁷⁵⁰ Det faktum att konkursförvaltare oftast föredrar reglerna i 4 kap KL, före de i 12 kap ABL, under förväning att 12 kap ABL anses besvärligare borde vara skäl nog för att doktrinen skulle producera en dylik beskrivning.

Om en transaktion anses strida mot 12:2 ABL blir nästa fråga om den kan återkrävas enligt 12:5 ABL. På motsvarande sätt förhåller det sig inom KL. När en transaktion anses utgöra nackdel för konkursboets borgenärer blir nästa fråga om den går att återvinna enligt KL 4:5-13.

ABL 12:5 1 st. 2 p. ger mottagaren möjlighet till godtrosskydd. Liknade skydd återfinns i KL 4:5 med den skillnaden att bevisbördan är omvänd för närstående. Personkretsen som kan göra godtrossförvärv inom ramen för ABL är utvidgad genom NJA 1997 s. 418. En snarlik utvidgning återfinns i KL 4:18. Vidare kan även 4:14 och 17 anses innebära ett slags godtrosskydd i en vidare bemärkelse genom att svarande antingen får tillbaka sitt vederlag enligt 4:14 2 st 2 p KL motsatsvis eller erhåller jämkning av återvinningsanspråket enligt 4:17 KL.⁷⁵¹

Bristäkningsansvaret i 12:5 2 st. ABL visar likheter med det ansvar som framgår av KL 4:14. Där är återvinningsssvarande tvungen att återbära utan vederlag om denne åtminstone bort inse att konkursgäldenären hade för avsikt att undandra konkursboet vederlaget. Därigenom får svarande täcka den brist som uppstår när vederlaget gått konkursboet förbi genom att svarande medverkat till transaktionen.

20.3.3 Inledande reglering (4:1-4 KL)

I den inledande bestämmelsen 4:1 KL redogörs för vilka transaktioner som inte omfattas av återvinningsreglerna, t.ex. vissa skatter och avgifter.

Fristdagen definieras i 4:2 KL och utgörs som huvudregel av dagen då konkursansökan inkom till tingsrätten. Denna utgör startpunkten från vilken vi sedan räknar bakåt i tiden så att konkursen får en viss retroaktiv effekt. Detta innebär att en transaktion kan återvinnas till konkursboet trots att den kan ha varit förenlig med aktiebolagsrätten.

Nästa fråga som måste avgöras är vid vilken tidpunkt man kan anse att den transaktion, som är aktuell att återvinna, är gjord. Om denna punkt ligger inom fristen för en materiell regel kan transaktionen, förutsatt att övriga rekvisit i bestämmelsen är täckta, återvinnas vilket den annars inte kan. Tumregeln är att tidpunkten inte inträder förrän transaktionen erhållit sakrättsligt skydd.⁷⁵² Vad gäller rättshandlingar som inte kräver särskild handling för att få sakrättsligt skydd, t.ex. uppsägningar, inträder tidpunkten när gäldenären blev bunden.⁷⁵³

De materiella återvinningsreglerna (4:5-13 KL) innehåller som huvudregel två typer av *frister*.⁷⁵⁴ När vi talar om frister inom ramen för detta arbete är det fråga om retroaktiva frister. En grundläggande frist föreskrivs för alla medkontrahenter på mellan 3 till 6 månader och för närstående, enligt 4:3, föreskrivs en efterföljande frist på

⁷⁵⁰ Se även nedan i avsnitt 5.3.1 i vår inledande diskussion.

⁷⁵¹ Se Prop. 1975:6 s.250f, SOU 1970:75 s.169f, Lennander (2) s.358m, 364ff, Welamson s.91 not12

⁷⁵² Se Prop. 1975:6 s.202, 210. Walin (1) s.129m, Welamson s.64x, Lennander (2 s.71x) pekar t. ex. på att 4:6 KL talar om *fullbordad* gåva. Se avsnitt V.4 ovan angående frågor kring det sakrättsliga skyddet.

⁷⁵³ Se Walin (1) s.129n f. Lennander (2) s.74n f

⁷⁵⁴ Se Lennander (2) s.68y, 75n, 123x. Detta modifieras dock i 4:6 KL där den grundläggande fristen har två nivåer. Den första nivån är här helt objektiv och den efterföljande nivån innehåller avvärjningsmöjligheter genom motbevisning. Här efter följer en frist som enbart gäller närstående. Se s. 174y.

ytterligare 21 månader till oändlighet. Under denna längre frist ges dock återvinningsvarande möjligheter att värja sig genom motbevisning.

Närståendebegreppet i 4:3, som vi behandlat ovan i avsnitt II.4.5, fyller för det första den nämnda funktionen att det gäller ytterligare längre återvinningsfrist för de som faller inom detta. Under denna frist finns dock möjlighet till motbevisning. För det andra blir bevisbördan för denna grupp omvänd i vissa fall. Motivet till att man utökat möjligheterna för konkursboet att återvinna transaktioner i detta avseende är, som nämnts ovan avsnitt II.4.5, att det anses finnas större möjligheter för oegentligheter mellan närstående än mellan andra.⁷⁵⁵

Anknytningspunkterna i närståendebegreppet kan generellt sägas vara antingen familjerättsligt eller ekonomiskt grundat.⁷⁵⁶ Ett exempel på den senare, vilket är av stor vikt för vår analys, är bolag inom samma koncern. När det gäller en bredare behandling av denna typ av frågor, d.v.s. vem som kan anses närstående, hänvisar vi till vår analys i avsnitt II.4.5 ovan. Till sist skall nämnas att KL 4:3 tillämpas reciprokt d.v.s. det spelar inte någon roll vem av de två parterna som försatts i konkurs.⁷⁵⁷

20.3.4 Materiella återvinningsregler (4:5-4:13 KL)

20.3.4.1 Inledning

Av återvinningsreglerna är det enbart 4:5 KL som ställer krav på subjektiva moment, d.v.s. att medkontrahenten insåg eller bort inse något. Resterande regler i 4:6-13 är objektiva stadganden. Det är där tillräckligt att vi kan påvisa yttre omständigheter för att transaktionen skall kunna återvinnas⁷⁵⁸. Innebörden blir att dessa regler kan komma som en överraskning för en godtroende medkontrahent. De objektiva reglernas effekt kan dock mildras genom t.ex. jämningsregeln i 4:17 KL⁷⁵⁹.

20.3.4.2 Nackdelsrekvisitet

För att de materiella återvinningsreglerna skall bli tillämpliga räcker det inte med att bestämmelsernas respektive rekvisit är uppfyllda. Här utöver krävs att transaktionen är till *nackdel* för borgenärerna i konkursen.⁷⁶⁰ Nackdelsrekvisitet finns inte angivet i lagen utan återfinns enbart i förarbetena.⁷⁶¹

Det är viktigt att komma ihåg att nackdelsbedömningen görs rent *fiktivt* genom att vi tänker oss en utdelning i konkurs påbörjad och avslutad vid tidpunkten direkt efter transaktionen.⁷⁶² Att en gäldenär sålt en tillgång till marknadsvärde innebär oftast ingen nackdel för borgenärerna förutsatt att inte någon borgenär haft en speciell säkerhetsrätt anknuten till den specifika tillgången. Summan av gäldenärens tillgångsmassa förblir oförändrad.⁷⁶³ *Nackdelsbedömningen skall göras efter hur förhållandena var när rättshandlingen vidtogs*, d.v.s. transaktionen skall ha inneburit en nackdel redan vid detta tillfället.⁷⁶⁴ Analysen görs som ovan nämnts rent fiktivt och en senare förändring av t.ex. marknadspriset på tillgången påverkar därmed inte slutsatsen.⁷⁶⁵ Det nu sagda modifieras till viss del nedan genom att den allmänna otillbörlighetsregeln, 4:5 KL, accepterar indirekt skada och sålunda medför att vi även kan beakta efterföljande händelseutveckling.⁷⁶⁶

Hur ser då nackdelsbedömningen ut vid koncerninterna transaktioner? Om ett moderbolag överför tillgångar till ett dotterbolag uppkommer normalt inga nackdelar för alla moderbolagets borgenärer eftersom

⁷⁵⁵ Se Prop. 1975:6 s. 96m f, Lennander (2) s.75y, Welamson s.64y

⁷⁵⁶ Se Lennander (2) s76n f

⁷⁵⁷ Se Prop. 1975:6 s.199f, SOU 1970:75 s.138

⁷⁵⁸ Se Lennander (2). s.25y f.

⁷⁵⁹ Se Lennander (2). s.29x, 102y. Prop. 1975:6 s.251

⁷⁶⁰ Se Lennander (2) s.82ö, 92ö

⁷⁶¹ Se Prop. 1975:6 s.99f, 142, 227. SOU 1983:60 s.35m, 80y ff

⁷⁶² Se Lennander (2) s.90ö, 91ö, 93x

⁷⁶³ Se a. a. s.93y. Se även s.120n f där det sagda modifieras i vissa fall när surrogationsprincipen blir tillämplig.

⁷⁶⁴ Se Prop. 1975:6 s.100, jfr 142. SOU 1983:60 s. 35m, 100.

⁷⁶⁵ Se Lennander (2) s.90x

⁷⁶⁶ Se a. a. s.86ö,126y

tillgångsmassan förblir intakt.⁷⁶⁷ Detta beror på att värdefrånhändandet motsvaras av en värdeökning av moderbolagets aktier i dotterbolaget (värdeökningsteorin), som tidigare behandlats i avsnitt V.3.2.2.1.4, V.7.2.2.2.⁷⁶⁸ Om dotterbolaget är insolvent eller insufficient torde emellertid detta resonemang inte gälla, eftersom värdefrånhändandet bara skulle berika dotterbolagets borgenärer.

När värdeökningsteorin faller får vi undersöka om eventuellt ett koncernintresse kan motivera moderbolagets vederlag. Samma diskussion om vederlag i form av koncernintresse aktualiseras när det är dotterbolaget som är det värdefrånhändande bolaget. Detta gäller oberoende av om det är moderbolaget eller annat dotterbolag som är mottagare.

En typisk transaktion som kan medföra nackdel för borgenärerna är att tillgångar förs ut från bolag genom försäljning till underpris. Inom aktiebolagsrätten behöver vi i detta fall lovlighetspröva en transaktion enligt 12:2 först om det vederlag som erhålls understiger bokfört värde.⁷⁶⁹ Vid bedömning av om nackdel inträtt enligt KL utgår vi emellertid inte från bokfört värde utan från marknadsvärdet. Understigs detta innebär transaktionen typiskt sett nackdel för borgenärerna. Att marknadsvärdet avgör framgår av NJA 1995 s. 742 (Nettodomen), där HD i referatet på sidan 766 f., godtar transaktioner till bokfört värde inom ABL med motiveringen att borgenärsintresset skyddas av återvinningsreglerna i KL. Nackdelsrekvisitets förankring i marknadsvärdet, innebär att vi, inom ramen för tillämpningsområdet för 4 kap KL, inte kan acceptera transaktioner till bokfört värde. Nettodomen gäller alltså enbart inom ABL, vilket innebär att vi skall retroaktivt omvärdera dylika transaktioner som är gjorda inom ramen för fristerna i KL.

Typiskt sett kan vi dela in nackdelsituationerna i tre kategorier⁷⁷⁰. Dessa finns också exemplifierade i 4:5 KL. Den första innebär att viss egendom ges till en borgenär i stället för en annan, d.v.s. när det är fråga om *omfördelning av gäldenärens tillgångar* inom borgenärskollektivet. Ett exempel på dylik situation kan vara att en borgenär ges en senare säkerhet, som inte betingats vid fordringens tillkomst, vilken annars skulle tillkommit t.ex. oprioriterade borgenärer. Reglerna i KL konfronteras här alltså med en intressekonflikt mellan olika borgenärer i samma konkursbo. Den andra kategorin rör förhållanden när *gäldenärens tillgångar minskas* genom t.ex. gåva.⁷⁷¹ Överfört på en koncernsituation konfronteras vi här med två konflikter. Dels uppstår en konflikt mellan aktieägarintresse och borgenärsintresse. Dessutom kan vi här se en konflikt mellan moderbolagets borgenärer och dotterbolagets borgenärer till följd av bolagens karaktär som separata juridiska personer. Inom ramen för dessa konflikter kan vi tänka oss situationer där man, p.g.a. att 4 kap KL är tillämpligt, retroaktivt omvärderar, en transaktions karaktär. Inom 12 kap ABL anses, som vi sett ovan, ett köp sakna benefika inslag om det gjorts till bokfört värde även om marknadsvärdet skulle var det högre.⁷⁷² Inom ramen för tillämpningen av 4 kap KL kan därför samma rättshandling eventuellt retroaktivt rubriceras som benefik eftersom KL endast beaktar tillgångens marknadsvärde som påpekats ovan. Den tredje och sista kategorin rör situationer där *fordringarna på gäldenären ökar*, utan att tillgångsmassan förändras, t.ex. vid en vederlagsfri pant eller borgen. Överfört på koncerninterna transaktioner rör även detta fall primärt konflikten mellan aktieägare och borgenärer samt mellan borgenärer i de olika koncernbolagen.

Vi kan alltså i nackdelsrekvisitet precis som vi sett i de sakrättsliga reglerna och delvis även i analysen den aktiebolagsrättsliga återkravsmöjligheten i 12:5 ABL fokuserar på följande intressekonflikter:

Rättshandling	Intressekonflikt
----------------------	-------------------------

⁷⁶⁷ Det skall dock påpekas att en enskild borgenär mycket väl kan missgynnas av dylik transaktion. Detta fall skall vi behandla nedan i avsnitt V.6.4 men då i relationen dotterbolag emellan.

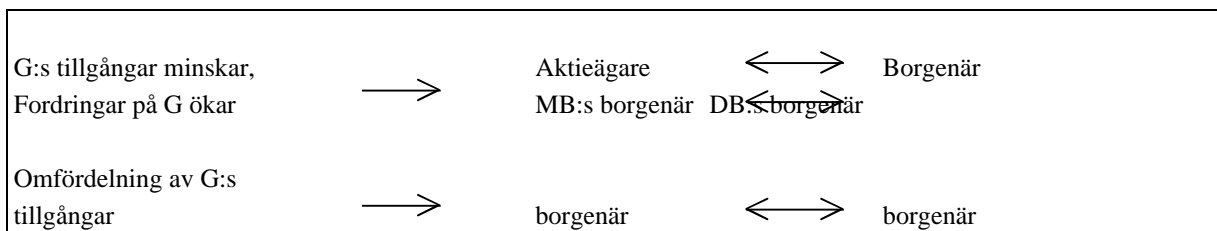
⁷⁶⁸ Se Andersson (1) s.480m, 2 s.74x, Lindskog JT 1992-93 s92 not 37, Rodhe Aktiebolagsrätt s.123x Det bör här påpekas att saken förändras om dotterbolaget inte är helägt. Då uppstår en partiell värdeöverföring från moderbolaget till minoritetsaktieägarna eftersom värdeökningen kommer även dem till del. Se Andersson (1) s. 481ö och sid 74x.

⁷⁶⁹ Se avsnitt V.3.2.3.2.

⁷⁷⁰ Se Lennander s. 94ö.

⁷⁷¹ Se a. a. s.95n f. Lennander vill t.o.m. gå så långt att jämställa undandragande med att gäldenären gjort tillgången svåråtkomlig.

⁷⁷² Enligt NJA 1995 s. 742 anses transaktioner till bokfört värde inte innefatta värdefrånhändande vilket torde utesluta en benefik rubricering inom ramen för ABL.



20.3.4.3 Den allmänna otillbörlighetsregeln 4:5 KL

Den inledande subjektiva återvinningsregeln i 4:5 KL ger en relativt generell möjlighet att komma åt otillbörliga rättshandlingar, vilket innebär att den ibland kan tillämpas samtidigt som de övriga, mer begränsade och specificerade, objektiva reglerna i 4 kap. Fristen för återvinning är 5 år om det inte är fråga om transaktioner mellan närstående där den är oändlig.

Regeln innehåller två objektiva rekvisit som skall ha subjektiv täckning. För det första skall det vara fråga om en rättshandling som kan karaktäriseras som otillbörlig. För det andra skall gäldenären ha varit eller blivit insolvent.⁷⁷³ I paragrafen ges, som nämnts ovan, tre exempel på vad som kan känneteckna otillbörligheten d.v.s. att antingen omfördela tillgångar, undandra tillgångar eller att ensidigt öka skuldsättningen.

Vidare krävs att rättshandlingen varit till nackdel enligt bedömningen ovan. 4:5 KL utsträcker emellertid nackdelsrekvisitet till att omfatta även *indirekta nackdelar*. Vi skall alltså även beakta efterföljande utveckling. Det skall dessutom finnas orsakssamband mellan rättshandlingen och nackdelen.⁷⁷⁴ Vidare måste orsakssambandet vara adekvat, d.v.s. förutsägbart.⁷⁷⁵ Om gäldenären exempelvis givit en gåva och senare blivit insolvent, p.g.a. ett oväntat skadeståndsanspråk, finns det orsakssamband mellan rättshandlingen och insolvensen, men sambandet är inte adekvat och därför ej återvinningsbart enligt 4:5 KL.

I *insolvensbedömningen* beaktas sådant som framträder utåt genom betalningsanmärkningar och bristande förtroende hos kreditgivare etc.⁷⁷⁶ Det är här fråga om att göra en prognos över gäldenärens betalningsförmåga, d.v.s. förmågan att betala skulderna allt eftersom de förfaller.

Vad gäller den subjektiva bedömningen av mottagarens insikt om insolvensen och otillbörligheten räcker det med att den återvinningssvarande bort inse detta.⁷⁷⁷ När det gäller transaktioner mellan närstående presumeras den subjektiva täckningen, men då ges möjlighet till motbevisning.

Otillbörlighetsbedömningen i 4:5 är av annan karaktär än i de övriga objektiva reglerna eftersom det i de senare mer är fråga om en typbedömning.⁷⁷⁸ Vid 4:5 KL är det istället fråga om en helhetsbedömning. Därför sker denna bedömning lämpligast sist eftersom den är beroende av de övriga rekvisiten. En otillbörlig transaktion är en transaktion där dels övriga rekvisit i 4:5 KL är uppfyllda, dels något av rekvisiten är påfallande starkt uppfyllda, t.ex. om det rör sig om ett betydande belopp eller då den återvinningssvarande har haft och utnyttjat sin vetskap om förhållandena.⁷⁷⁹ Det bör påpekas att särskilda omständigheter som talar emot att transaktionen rubriceras som otillbörlig också skall vägas in i bedömningen.⁷⁸⁰ *Det är alltså fråga om en helhetsbedömning i syfte att komma åt extraordinära rättshandlingar som vidtagits i syfte att komma runt effekterna av en konkurs.* Det som talar för en strängare bedömning vid transaktioner inom en koncern är att kontrahenterna ofta har mycket god inblick i varandras ekonomiska ställning, som vi har sett i avsnitt III.4 ovan.

⁷⁷³ Genom att använda rekvisitet rättshandling täcks alla typer av ageranden in oberoende av om gäldenär eller borgenär vidtar rättshandlingen. Även passivitet ryms i begreppet enligt NJA 1978 s. 194. Lennander (2) s.136 ff.

⁷⁷⁴ Se Lennander (2) s.142ö.

⁷⁷⁵ Se a. a. s.144ö.

⁷⁷⁶ Se a. a. s.143ö. Detta utvecklas nedan i avsnitt V.7.3.2.4.1.

⁷⁷⁷ Se a. a. s.147n f. Frågan är om medkontrahenten åläggs någon undersökningsplikt. Klart är att man ställer större krav på denne om omständigheterna är ägnade att väcka misstanke t.ex. transaktionens karaktär.

⁷⁷⁸ Se Lennander (2) s.152n f

⁷⁷⁹ Se a. a. s.161ö. Lennander pekar här på att det torde vara beloppets storlek i sig som är avgörande inte dess förhållande till övriga tillgångar enligt NJA 1985 s. 29.

⁷⁸⁰ Se a. a. s.152n f.

Detta leder till att koncernbolag på ett tidigare stadium än övriga borgenärer kan se om sina egna intressen. Effekten härav kan bli att sådana rättshandlingar lättare rubriceras som otillbörliga än transaktioner mellan icke närstående.

20.3.4.4 4:6 KL

Denna paragraf är objektiv till skillnad från den föregående. Återvinning enligt 4:6 KL kräver inte någon subjektiv täckning hos mottagaren av egendom och inte heller samma helhetsbedömning skall ske. Istället kan vi nöja oss med att försöka kategorisera rättshandlingen som benefik.⁷⁸¹

När vi tolkar gåvobegreppet här får vi utgå från det civilrättsliga gåvobegreppet som förutsätter frivillig förmögenhetsöverföring med gåvoavsikt. Bedömningen av om transaktionen är benefik, d.v.s. huruvida prestationerna objektivt sett motsvarar varandra, bör som huvudregel⁷⁸² vara likartad inom både ABL och KL.⁷⁸³ Lagarna torde i detta avseende vara vägledande för varandra.⁷⁸⁴ Men som vi redogjort för ovan, vad gäller ABL, så accepteras transaktioner till bokfört värde utan att för den sakens skull anses som utdelning enligt NJA 1995 s. 742.⁷⁸⁵ Denna bild nyanseras sedan, som vi också nämnt, av att nackdelsrekvisitet i KL endast beaktar marknadsvärdet. Därför kan den situationen uppstå att en transaktion som enligt ABL anses fri från den förmögenhetsöverföring som 12:2 ABL syftar till att begränsa, men inom ramen för KL anses innehålla sådana moment av värdefrånhändande som karaktäriserar benefika rättshandlingar.

Vad sedan gäller kravet på gåvoavsikten anser Lennander att detta inte skall uppfattas såsom rent subjektivt, utan bedömningen skall göras mer objektivt, d.v.s. det avgörande blir om rättshandlingen utåt sett framstår som gjord med denna avsikt.⁷⁸⁶ Walin går inte i polemik med Lennander på denna punkt men synes förespråka en mer subjektiv bedömning. Han hävdar att det "...relevanta är...att gäldenären haft klart för sig att han överlät egendomen utan att få vederlag som motiverar överlåtelsen, t ex vid transaktioner koncernbolag emellan...".⁷⁸⁷ Rodhe å andra sidan poängterar att vid transaktioner från dotterbolag till moderbolag saknas ofta helt inslag av frivillig gåvoavsikt. Här är det snarare frågan om "...blind lydnad..." från dotterbolagets sida.⁷⁸⁸ I vår analys av förhållandet mellan moder- och dotterbolag i avsnitt (Inrättande av en koncernledning) ovan finns en del som talar för Rodhes åsikt, även om vi finner hans formulering väl kategorisk till sin karaktär. Det kan nämligen aldrig bli frågan om någon blind lydnad eftersom dotterbolagsledningen alltid har skyldighet att självständigt pröva alla direktiv från moderbolaget. I övrigt vad gäller behandling av dessa frågor hänvisar vi till avsnitt III.4 ovan.

I subjektivt hänseende krävs alltså att vi kan fastställa en vetskap eller ett syfte hos gäldenären om det benefika inslaget i transaktionen. Vi kan alltså se att 4:6 KL inte är avsedd att tillämpas vid "dåliga affärer" d.v.s. när en affärsmässig risk i visst skede lett till en värdediskrepans mellan utgivet och mottaget vederlag. Bedömningen i detta avseende liknar alltså den som görs vid vinstutdelning enligt 12:2 ABL. Vi har ju här sett att ond tro om vederlagsfriheten måste föreligga för att transaktion skall falla under begränsningarna i kapitalskyddet. Vi diskuterade här diskrepansen mellan Anderssons mer objektiviserade bedömning och Lindskogs krav på uppsåt.⁷⁸⁹ Motsvarigheten till denna diskrepans i meningar kan vi skönja när vi jämför Lennanders och Walins

⁷⁸¹ Se a. st.

⁷⁸² Med undantag för t. ex. transaktioner till bokfört värde som ju accepteras inom ramen för ABL utan att rubriceras som benefik enligt NJA1995 s. 742.

⁷⁸³ Se Mats Müllern i Tidskrift för Sveriges advokatsamfund 1981 s.35v m.

⁷⁸⁴ Se a. st.

⁷⁸⁵ Se principerna i NJA 1995 s 742. Jfr. dock Andersson (2) s.40x ff. Han menar att domen endast avser bedömningen enligt 12:2 1 st ABL men att utdelning ändå alltid föreligger så snart marknadsvärdet understigs.

⁷⁸⁶ Se Lennander 2 s.177m f. Se även s. 314n f där hon t.o.m. går så långt till att påstå att HD i NJA 1985 s. 117 menar (sid 120m i referatet) att kravet på bevisning av gåvoavsikt har sänkts p.g.a. att HD anför att, när inte 4:12 anses tillämplig på ställande av säkerheter för tredje man, 4:5 och 6 skall tillämpas. Vi ser inget egentligt stöd för dylik slutsats i nämnda dom. Här får vi invänta ny praxis.

⁷⁸⁷ Se Walin (1) s.164x.

⁷⁸⁸ Se Rodhe, Balans 1/81 s.5m.

⁷⁸⁹ Se avsnitt V.3.2.2.1.2

inställningar ovan. I hur stor utsträckning vi kan dra paralleller mellan dessa diskussioner är väl osäkert. Det torde emellertid vara fördelaktigt att den subjektiva bedömningen i stort är likvärdig i både ABL och KL. Detta för att undvika att ”dåliga affärer” behandlas mer strängt i någon av lagarna.

I 4:6 KL har vi tre återvinningsfrister varav svarande kan värja sig mot de två sista genom att bevisa gäldenärens sufficiens.⁷⁹⁰

20.3.4.5 4:8 KL

KL 4:8 är en objektiv återvinningsregel som tillämpas på transaktioner såsom oskäligt höga löner, arvoden och pensioner. Ett exempel som förarbetena anför är oskäligt höga konsultarvoden till dotterbolag.⁷⁹¹ Här ges alltså tillfälle att angripa en särskild form av icke marknadsmässig koncernintern transaktion. Ett överprissat konsultarvode är likt transaktion till bokfört värde, som vi sett ovan, rättshandlingar som kan ingå som en del i en större plan att omstrukturera en koncerns verksamhet. Paragrafen markerar här gränsen mellan konkursgäldenären och övriga koncernens bolag på samma sätt som nackdelsrekvisitet ovan gör vid transaktioner till bokfört värde. Bedömningen av vederlagets skälighet skall göras med utgångspunkt från situationen vid dess intjänande. Det är här frågan om en helhetsbedömning där man beaktar bl.a. arbetsinsatsen och verksamhetens lönsamhet.⁷⁹²

Även i 4:8 KL har vi tre återvinningsfrister. I detta avseende hänvisar vi till redogörelsen i 4:6 eftersom fristerna i dessa regler är identiska.

20.3.4.6 4:10 KL

KL 4:10 återvinner transaktioner som kan rubriceras som betalning av konkursgäldenärens egen skuld, förutsatt att de är till nackdel och inte kan rubriceras som ordinära.⁷⁹³ Bestämmelsen anger tre typer av transaktioner som återvinningsbara. Det kan röra sig om betalning med annat än sedvanliga betalningsmedel, förtida betalning eller betalning som skett med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning. Vad gäller det senare skall vi här utveckla detta något. Ett riktmärke för bedömningen bör enligt Lennander vara att betalningen motsvarar 10% av bruttotillgångarna.⁷⁹⁴ Från detta gör man ett undantag när det är frågan om bolag som nästan uteslutande förvaltar aktier, som i sin tur är pantsatta.⁷⁹⁵ Detta undantag torde kunna aktualiseras relativt ofta inom koncerner eftersom det inte är helt ovanligt att moderbolaget är ett holdingbolag. Den reella innebörden av detta blir att dessa koncerninterna transaktioner då lättare kommer kunna angripas med 4:10 än identiska transaktioner mellan fristående bolag

Trots att en betalning ryms inom en av de tre kategorierna undantas denna från återvinning om den kan anses som ordinär. För detta krävs att det är frågan om en betalning som objektivt sett inte påverkats av gäldenärens insolvens utan av andra omständigheter. Det sagda torde innebära att det blir svårt att rubricera en betalning inom en koncern som ordinär eftersom dess bolag anses ha god inblick i varandras ekonomi.⁷⁹⁶ Det är också en ståndpunkt som vår analys av förhållandet mellan moder- och dotterbolag ovan i avsnitt III.4 ger stöd för. Denna typ av insyn i övriga koncernbolags ekonomi kan dels ses som ett resultat av brukandet av identiska

⁷⁹⁰ Se Lennander (2). S.174y. Den första träffar transaktioner inom 6 månader före fristdagen i 4:2 KL. Den andra fristen sträcker sig från 6 månader till 12 månader. Inom denna kan återvinningsssvarande värja sig mot anspråk genom att påvisa att gäldenären var suffICIENT (A.a.s.123mf) efter transaktionen, d.v.s. att denne hade kvar utmättningsbara tillgångar som uppenbart motsvarande hans skulder. När det gäller transaktioner mellan närstående så tillkommer en tredje frist som sträcker sig från 1 år till 3 år före fristdagen. Även inom denna frist kan svarande värja sig på sätt som nyss nämnts.

⁷⁹¹ Se Prop. 1975:6 s.217m.

⁷⁹² Se Lennander (2) .187y.

⁷⁹³ Se a. a. s.197ö.

⁷⁹⁴ Se Lennander (2) s.227 ff., särskilt 234-236. Lennander uttalande har väckt en del debatt. Se hänvisningarna på s. 235 not 116 i hennes bok angående denna.

⁷⁹⁵ Se NJA 1997 s. 115 s. 120y i referatet. Antydning om liknande bedömning finns även i NJA 1985 s. 29.

⁷⁹⁶ Se Lennander (2) s.238y.

ställföreträdare ,dels som ett moment i de olika strategier som vi behandlat i avsnitt III.4.5 och som syftar till att åstadkomma en slags koncernlojalitet hos ställföreträdare i koncernbolagen.

Vad gäller fristerna i 4:10 hänvisas till de identiska fristerna i 4:12 KL nedan.

20.3.4.7 4:12 KL

KL 4:12 är den sista objektiva återvinningsregel som vi tänker ta upp och kommentera i denna del. Den är tillämplig på situationer där gäldenären ställer säkerheter för äldre skuld, d.v.s. regeln syftar till att hindra borgenärer från att försöka förbättra sin position eller där gäldenären dröjer med att överlämna säkerheten. Med rekvisitet gäldenär avses inte enbart att det måste vara konkursgäldenär som agerar utan det skall dessutom röra sig om säkerhet för *egen* skuld. Enligt NJA 1985 s. 117 innebär detta att 4:12 ej kan användas för ställande av tredjemanspant eller borgen⁷⁹⁷. Här hänvisar HD istället en kärande till 4:5 och 6 KL.⁷⁹⁸

KL 4:12 utpekar två möjliga grunder för återvinning. Den första återvinningsgrunden förutsätter att säkerheten inte varit betingad vid skuldens tillkomst. Med skuld avses huvudfordran. Detta innebär att man inte kan kringgå bestämmelsen genom att ta upp ett nytt lån mot säkerhet för att betala ett gammalt utan säkerhet.⁷⁹⁹ Dessutom skall säkerheten vara betingad vid nämnda tidpunkt, d.v.s. det skall vara fråga om en bindande utfästelse. Paragrafens andra återvinningsgrund träffar situationer där säkerheten inte överlämnats utan dröjsmål. Med rekvisitet överlämnat avses de sakrättsliga momenten.⁸⁰⁰ Vad gäller bedömningen av dessa sakrättsliga spörsmål vid koncerninterna transaktioner hänvisar vi till vår analys och behandling detta i avsnitt V.4 ovan.

Bestämmelsen innehåller två typer av tidsfrister, en inledande allmän och en efterföljande för närstående, inom vilken den svarande kan värja sig genom bevisning om gäldenärens solvens.⁸⁰¹

20.3.5 Kompletterande reglering (4:14-21 KL)

Om egendomen som är föremål för återvinningstalan har överlåtit vidare till annan öppnar 4:18 KL en möjlighet för konkursboet att vända sig mot ondtröende förvärvare.⁸⁰² Regeln innehåller ett objektivt och ett subjektivt rekvisit som måste vara uppfyllda för att förvärvaren inte skall göra ett godtrosförvärv.

Objektivt sett krävs att transaktionen går att återvinna från konkursgäldenärens medkontrahent. Här avgör återvinningsbarheten i den första rättshandlingen. Kan inte rättshandlingen återvinnas mellan gäldenären och medkontrahenten kan den heller aldrig återvinnas från en tredjeman. Detta gäller oavsett om tredjeman är i ond tro.⁸⁰³

Subjektivt krävs att den utomstående tredjemannen bort känna till det som grundade rätt till återvinning mot medkontrahenten.⁸⁰⁴ Däremot är det omstritt i doktrinen om tredjemans onda tro även måste omfatta medkontrahentens onda tro vid t.ex. återvinning som grundar sig på 4:5 KL.⁸⁰⁵

⁷⁹⁷ Se a. a. s.312n.

⁷⁹⁸ Se NJA 1985 s. 117, (s. 120m).

⁷⁹⁹ Enligt SOU 1970:75 s.154, Prop 1975:6 s.232, Lennander (2) s.279x, avses med passusen vid skuldens tillkomst tidpunkten när den ekonomiska överföringen gjordes. Detta innebär att det inte går att kringgå 4:12 genom att lägga om lån och komplettera med säkerheter eftersom det i realiteten inte sker någon ny överföring utan bara ställande av säkerhet för den gammal överföring.

⁸⁰⁰ Detta framgår om vi granskar bestämmelsens andra stycke där man jämför överlämnandet med andra åtgärder som tryggar borgenärens rätt t. ex. denuntiatio. Frågan om dröjsmål förelegat bör enligt motiven avgöras "...efter vad som kan anses överensstamma med god ordning och rimliga krav..." enligt Prop. 1975:6 s. 232m (Jfr. även SOU 1970:75 s.155 och Lennander (2) s. 295x.). Någon närmare vägledning än så går inte att ge utan saken får avgöras i det enskilda fallet.

⁸⁰¹ Bestämmelsens första frist träffar betalningar som skett inom 3 månader från fristdagen enligt 4:2 KL. När det rör förhållande mellan närstående så finns en påföljande frist som börjar löpa från 3 månaders fristens slut till och med 2 år. Under fristen har återvinningsssvarande möjlighet att värja sig med motbevisning om gäldenärens solvens.

⁸⁰² Se Lennander (2) s. 378y.

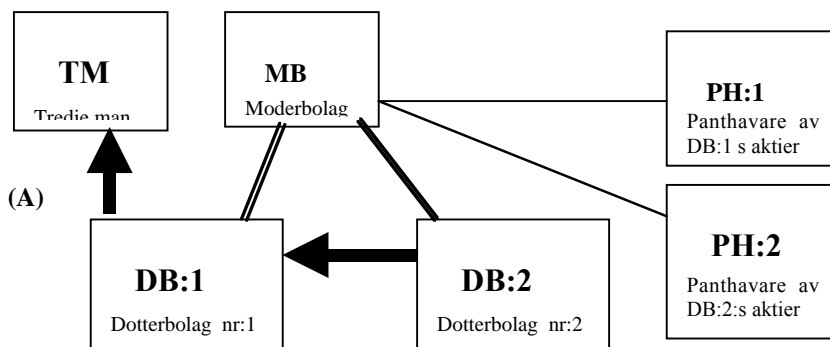
⁸⁰³ Vi kan här jämföra med den sakrättsliga principen att vad som en gång varit föremål för godtrosförvärv aldrig kan vindiceras från ondtröende tredjeman. A. a. s.381ö Prop. 1975:6 s. 252m, SOU 1970:75 s. 172

⁸⁰⁴ Se Prop. 1975:6 s. 252, SOU 1970:75 s. 172

⁸⁰⁵ Se Walin & Palmér s. 372j, som svarar nekande, medan Welamson, s. 93 not 7, svarar jakande. Lennander (2) s. 381n f förefaller inte tagit ställning i frågan.

Vi skall avsluta denna inledande behandling av KL med att peka på de borgenärsskydds problem som kan uppstå när ett bolag inom en koncern går i konkurs.

20.4 Gränserna i KL



Tanken bakom detta avsnitt är att försöka ge en liten överblick över de konkursrättsliga effekter som uppstår vid ett värdefrånhandande enligt pilarna (A) och (B) i skissen ovan när endast det värdefrånhandande dotterbolagets moderbolag går i konkurs.

Pilarna i skissen ovan ger uttryck för ett värdefrånhandande till det bolag som pilen pekar på.

Utgångspunkten i KL är att konkursgäldenären måste varit inblandad i transaktionen för att de materiella återvinningsreglerna skall blir tillämpliga. Detta innebär att det kan uppstå problem med skyddet för konkursgäldenärens borgenärer när en transaktion, som gäldenären inte kan anses vara inblandad i, ändå innebär nackdel för dennes borgenärer. Exempel på en sådana nackdel för moderbolagets borgenärer kan bygga på transaktioner som innebär förändringar i värdet av dotterbolagsaktier. Här väljer vi att analysera två av de tre nackdelssituationer som vi behandlat i avsnitt V.6.3.4.2 ovan.

Den första rör den nackdel som uppstår för vissa borgenärer när *konkursgäldenärens tillgångar omfördelas inom borgenärskollektivet*.⁸⁰⁶ I den tänkta situationen har endast moderbolaget (MB), i skissen ovan, försatts i konkurs. Vi har två borgenärer (PH:1 och PH:2) som innehar pant i MB:s dotterbolagsaktier. Inom ramen för de materiella återvinningsfristerna i 4 kap har DB:2 genomfört ett värdefrånhandande (pilen (B)) till DB:1. DB:2 kan t.ex. ha sålt en tillgång till bokfört värde till DB:1 samtidigt som dess marknadsvärdet varit avsevärt högre. En dylik transaktion accepteras inom ramen för ABL enligt principerna i NJA 1995 s. 742, så länge DB:2 inte försatts i konkurs inom fristerna för reglerna i 4 kap KL.⁸⁰⁷ En sådan transaktion måste inte nödvändigtvis ha några illojala syften. Det kan exempelvis vara fråga om en omstruktureringsåtgärd inom koncernen där man flyttar produktionsmedel från DB:2 till DB:1 för att på detta sätt öka den totala lönsamheten inom hela koncernen. Trots detta kan det mycket väl innebära nackdelar för MB:s borgenärer eftersom värdet av PH:1:s pant ökar på PH:2:s bekostnad. Men för att 4 kap KL överhuvudtaget skall bli tillämpligt krävs att konkursgäldenären, MB, kan anses ha rättshandlat. Att tillräkna MB dylik rättshandling är emellertid långt ifrån självklart, även om påstående om detta finns i doktrinen.⁸⁰⁸

Den andra situationen vi tänker analysera rör den nackdel som uppstår för konkursgäldenärens borgenärer när *gäldenärens tillgångsmassa minskar*. Även här tänker vi oss en situation där endast MB försatts i konkurs. Vidare har DB:1 inom ramen för de materiella återvinningsfristerna i 4 kap KL genomfört något slag av värdefrånhandande (pilen (A)) till en utomstående tredje man (TM). Det kan t.ex. vara så att TM är en mycket viktig och nära integrerad underleverantör till DB:1 som, av någon anledning, är i behov av tillfällig ekonomisk stöttning. Men även om så är fallet har transaktionen eventuellt inneburit en nackdel för konkursgäldenärens borgenärer, d.v.s. MB:s borgenärer, eftersom MB:s totala tillgångsmassa minskar när övervärden förs ut ur DB:1

⁸⁰⁶ Se Welamson s.60y f

⁸⁰⁷ Se avsnitt V.3.2.3.2 ovan, Jfr. även avsnitt V.6.3.4.2 och V.7.3.2.2 ovan.

⁸⁰⁸ Linskog JT 1992-93 s.84 not11. Där Linskog ger uttryck för uppfattningen att MB kan tillgodoräknas rättshandlingar av DB. Se även Walin (2) s. 328 not 20. Jfr. Lennander (2) s.41n, 196nf, 205y, 315ö. Se även vår diskussion nedan i avsnitt V.7.2.2.5 och avsnitt VI.3.3.1.

genom (A) transaktionen. Precis som i föregående exempel ((B) transaktionen) så gäller att 4 kap KL förutsätter att konkursgäldenären, MB, kan anses som den rättshandlande. Men som vi ovan har påpekat är det långt från självklart att se MB som den rättshandlande vid (A) transaktionen.⁸⁰⁹

De båda exemplen ovan visar på de avsevärda luckor i borgenärsskyddet som kan uppstå inom ramen för en koncern. *Glappet har till stor del sin grund i att KL endast är tillämplig på konkursgäldenären och koncernen i sin tur tillåts i större eller mindre utsträckning organisera varje bolag utifrån vad som är bäst för koncernen som helhet.*⁸¹⁰ När man organiserar verksamheten med koncernens bästa för ögonen och inte de enskilda bolagens bästa, så torde resultatet oftast bli att tillgångar och skulder organiseras på ett annat sätt än om man organiserade verksamheten endast utifrån en juridisk person. Detta medför som ovan påpekats att brister i borgenärsskyddet i KL uppstår, eftersom det är mycket osäkert om konkursgäldenären, d.v.s. MB kan anses ha agerat vid en (A) relation eller (B) relation. *Det skall dock påpekas att utrymmet för koncernen att fritt organisera sin verksamhet även är beroende av om och i så fall hur stort utrymme ett koncernintresse kan ges på borgenärsskyddsreglernas (t.ex. 12:2 ABL eller 4 kap KL) bekostnad.* Vi skall återkomma till denna problematik nedan i avsnitt V.7.3, VI.2.3 och VI.3.3.1.

21 Koncernintressets inverkan på konkursboets återkravsmöjligheter

21.1 Den övergripande bilden

Vad kan vi tänkas mena när vi påstår att bedömningar av koncerninterna transaktioner och förhållanden möjligen skall kompletteras med särskild hänsyn till ett koncernintresse?

I koncernsammanhang är det, som vi sett i avsnitt III.4, ofta så att de olika bolagen står i mycket nära relation till varandra i ledningshänseende. Upplägg inom koncernens inre sfär innebär ofta att dotterbolag "...mer eller mindre fullständigt infogas i moderbolagets verksamhet...".⁸¹¹ Att dotterbolagen skulle vara självständiga juridiska personer bortses ofta från i praktiken. Verksamheten organiseras för att uppnå skalfördelar och en så effektiv organisation som möjligt. I avdelning IV har vi också sett att det mellan koncernbolag finns många uttryck för bolagens inbördes ekonomiska samverkan. Samverkan kan bestå i t.ex. koncerninterna leveransupplägg, koncernkonton, kreditupplägg mellan bolagen eller gemensamma lager. Inom en sådan enhet växer, av naturliga skäl, lätt, ett intresse, fram att uppnå lönsamhet, inte bara inom respektive bolag, utan också inom koncernen som helhet. Ett s.k. koncernintresse uppstår inom koncernens inre sfär. Uppstår i ett senare led en ekonomisk kris och obestånd kommer ofta tillgångar att slussas mellan de olika bolagen i koncernen för att brukas där de främst behövs. Problemet är dock att organisationen av den inre sfären på så sätt får återverkningar gentemot den yttre sfären av intressenter, t.ex. borgenärerna till de olika bolagen.

Vad som skall utredas i de följande avsnitten är just, dels om ett koncernintresse går att definiera inom gällande rätt, dels vilka effekter detta kan tillåtas ha gentemot bolagens olika borgenärer. Analysen inleds med en granskning av reglerna i ABL varefter vi skall granska koncernintresset, vid obestånd, i KL.

21.2 Finns det uttryck för ett koncernintresse inom ABL?

21.2.1 Koncernintresset och aktieägarsskyddet (Den inre sfären)

21.2.1.1 Syftena bakom reglerna medger framväxten av ett koncernintresse

Som bekant kan regler som avser att skydda aktieägarnas intressen (t.ex. minoritetsskyddsregler) till skillnad från borgenärsskyddsregler alltid åsidosättas om samtliga aktieägare godtar detta.⁸¹² Ingen utomstående kan klandra sådana åsidosättanden. Denna möjlighet att, särskilt inom helägda koncerner, t.ex. åsidosätta

⁸⁰⁹ Se avsnitt V.7.2.2.5 och avsnitt VI.3.3.1.

⁸¹⁰ Se avsnitt III.3.1.2, III.4.

⁸¹¹ Se Rodhe s. 271x.

⁸¹² Se avsnitt III.3.1, Andersson (2) s. 15x ang. den s.k. SAS-principen. Jfr. NJA 1981 s. 1117 (ang. jävsreglerna i ABL). Lindskog s. 12m.

organisatoriska regler och beslutsregler medför av naturliga skäl att gränserna mellan dotterbolagets verksamhet och moderbolaget ofta tenderar till att suddas ut.⁸¹³ Således tillåter karaktären hos dessa regler att en vid hänsyn till koncernens lönsamhetsmål kan anläggas när koncernens organisation skall upprättas.⁸¹⁴ Till följd härav upprättas, som vi sett i avsnitt III.4, därmed nya organ för en övergripande ledning i koncernen. Beteckningar som koncernchef, koncernledning, koncernstab är nästan lika vanligt förekommande inom koncerner som de lagreglerade organställningarna i ABL.⁸¹⁵ Syftena bakom de regler som enbart avser att skydda aktieägare (minoritet) medger således en lång rad strategier för moderbolagets ledning att t.ex. att låta dotterbolagens verkställande direktörer ingå i en koncernledning.⁸¹⁶ Härigenom kan dessa påverkas att agera i enlighet med koncernens övergripande strategier. En långtgående koncernlojalitet uppstår i koncernbolagens förvaltning.

21.2.1.2 Finns det motiv för en särskild närståendeställning inom koncerner?

Moderbolaget i en koncern utgör naturligtvis en intressent i dotterbolaget så som aktieägare. Samtidigt ligger makten över samtliga dotterbolag hos moderbolaget.⁸¹⁷ Eftersom borgenärerna enbart kan göra sina fordringar gällande mot ett individuellt bolag blir moderbolaget den enda intressenten som faktiskt kan kontrollera och förfoga över mer än ett bolag i en koncern.⁸¹⁸ Att det föreligger en särskild intressesituation mellan moder- och dotterbolag torde därmed i sig vara ställt utom rimlig tvivel. Som vi sett i föregående avsnitt bidrar vidare regleringens karaktär i ABL ytterligare till att förstärka möjligheterna att utveckla denna relation mellan bolagen.

Frågan är dock om denna särskilda situation även kan spåras i enskilda aktieägarskyddande regler inom ABL. Någon stor mängd regler finns knappast i detta avseende men vi vill ändå peka på de särskilda jävsreglerna i ABL 8:20 2 st. 2 p (styrelseledamot) och 8:28 2 st. 2 p (verkställande direktör).⁸¹⁹ Här undantas uttryckligen ställföreträdare från jäv när bolag ingår avtal med annat bolag i samma koncern. Vad ligger bakom detta undantag? I motiven anges att olika bolag i en koncern ofta företräds av samma personer. ”Om dessa ledamöter inte fick delta i handläggningen av avtal med andra koncernföretag, torde följden ofta bli att styrelsen på grund av bristande beslutförhet inte skulle kunna fatta något beslut...”.⁸²⁰ Reglerna och detta uttalande i motiven kan tolkas som ett rättsligt uttryck för att det, inom koncerners inre sfär, tillåts råda ett särskilt närståendesamband mellan bolagen. Undantagen gäller ju enbart inom koncerner. Lagstiftaren synes sålunda medge viss särbehandling av koncerner och ett rättsligt erkännande av ett koncernintresses existens i den inre, organisatoriska, sfären kan här skyntas.⁸²¹ I SOU 1941:9 gick man t.o.m. så långt som att fastställa att just den särskilda intressegemenskapen mellan moder- och dotterbolag talar för ett sådant undantag i jävshänseende.⁸²²

21.2.2 Koncernintresset och borgenärsskyddet i 12:2 ABL (Den yttre sfären)

21.2.2.1 Inledning

I Detta avsnitt skall vi söka utröna vilka förutsättningar det finns för justering av begreppet ”vederlagsfri transaktion”, inom ABL, i koncernförhållanden. Motiverar den särskilda närståendesituationen inom koncernen en annan bedömning än mellan fristående bolag? När en konkursförvaltare eller en enskild borgenär överväger

⁸¹³ Se Rodhe s. 271y, Fermenta-rapporten s. 183x.

⁸¹⁴ I Fermenta-rapporten anges något uppgivet att denna verklighet torde få accepteras p.g.a. svårigheterna att inrymma denna i ”...strikt tillämpade hierarkiska former...”. Se Fermenta-rapporten s. 184.

⁸¹⁵ Jfr. avsnitt III.4.5.2.1.2.

⁸¹⁶ Se avsnitt III.4.5.2.1.

⁸¹⁷ Se avsnitt III.4.3.

⁸¹⁸ Alla andra intressenter har normalt att hålla sig till de tillgångar som finns i det enskilda bolaget som man ingått avtal med. I 1:1 ABL föreskrivs ju att en aktieägare i form av moderbolag inte ansvarar för sina dotterbolags skulder. Se vidare ovan avsnitt II.2.2.

⁸¹⁹ För närmare redogörelse för dessa regler se avsnitt III.4.5.2.2.4.

⁸²⁰ Se Prop. 1997/98:99 s. 96m.

⁸²¹ Det skall påpekas att undantagen inte enbart gäller för helägda koncerner där ju s.a.s. ”maktfullkomlighet” råder för moderbolaget utan även i delägda koncerner. Detta förstärker än mer beaktandet av ett från maktrealiteten skiljt koncernintresse. Jfr. Prop. 1997/98:99 s. 96m.

⁸²² Se SOU 1941:9 s. 334x.

att söka återkräva egendom, som utbetalats till ett annat koncernbolag, i strid med 12:2 ABL är det, för undvikande av onödigt processande, av stor vikt att transaktionen verkligen skall lovlighetsprövas enligt 12:2. För att återkravsmöjligheterna i 12:5 skall kunna prövas med rimlig säkerhet blir det därför viktigt att bedömningssättet för vederlagsfrihet i transaktioner mellan koncernbolag står klart.

Ovan, i avsnitt V.3.2.2 och V.3.2.2.1.4, har vi fastställt att utgångspunkten är att transaktionen uppfyller följande rekvisit:

1. värdefrånhandlande (värdeöverföring) skett,
2. mottagaren är aktieägare, likställd med sådan eller på annat sätt närstående,
3. något slags syfte finns att gynna mottagaren.

Vi har redan på ett allmänt plan behandlat dessa rekvisit. Vi kommer i detta avsnitt att se närmare på hur vanliga koncerninterna förfaranden som koncernbidrag, koncernlån, borgen och tredjemanspantsättning samt i viss mån borgensliknande säkerheter (stödbrev) är att betrakta enligt 12 kap ABL. I den följande undersökningen skall vi utgå från fyra olika perspektiv:

1. Rättshandlingar från moderbolag till dotterbolag
2. Rättshandlingar från dotterbolag till moderbolag
3. Rättshandlingar mellan dotterbolag (systerbolag)
4. Rättshandlingar från dotterbolag till annan än moderbolaget

21.2.2.2 Rättshandlingar från moderbolag till dotterbolag

21.2.2.2.1 Inledning

Som vi tidigare redogjort för i avsnitt V.3.2.2.1.4 anses överföringar av tillgångar från moderbolaget till dess dotterbolag normalt inte som utdelning alls.⁸²³ Detta oavsett om överföringen motsvarats av något konkret vederlag alls. Här gäller nämligen det vi kallar värdeökningsteorin d.v.s. eftersom moderbolaget äger samtliga aktier i dotterbolaget kommer varje överförd krona till dotterbolaget att (i alla fall i teorin) motsvaras av en krona i värdeökning på aktieinnehavet i dotterbolaget. Detta anses gälla, i alla fall, fram tills dotterbolaget blir insolvent (eller insufficient).⁸²⁴

21.2.2.2.2 Koncernbidrag

I mer eller mindre klara ordalag anser doktrinen att värdeökningsteorin skall gälla för koncernbidrag i nu aktuella riktning.⁸²⁵ Det skall noteras att doktrinen, när den redogör för värdeökningsteorin, inte nämner om denna, i någon mån, motiveras av ett koncernintresse. Vid en första anblick kan den logik som används tyckas självklar. Värdeöverföring sker ju inte så varför skulle resonemang kring ett koncernintresse vara nödvändigt? Vi vill kort diskutera detta.

⁸²³ Se Andersson (1) s. 480m, Andersson (2) s. 74x, Lindskog JT 92-93 s. 92 not 37, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123x. Wennerstrand, Balans 10/84 s. 53v m, Müllern s. 36h y f, Nerep s. 89m, 211y f., Kjell Johansson s. 30ö. Se även not 821.

⁸²⁴ Se vidare nedan.

⁸²⁵ Något vagt uttalar t.ex. Andersson att koncernbidrag i denna relation "...möjligen undgår en tillämpning av ABL:s utbetalningsregler...". Se Andersson (2) s. 74x. Se även Andersson (1) s. 480y. Samma osäkerhet uttalar Posselius, Grosskopf, Gometz, Huldén s. 42y.

Nerep uttrycker sig betydligt mer säkert och fastställer att bidraget får "...i regel...anses leda till en faktisk värdeökning av aktierna i dotterbolaget.". Se Nerep s. 89m och även s. 211y f.

Lindskog uttrycker sig även han att så är fallet och menar att det är "...helt enkelt inte fråga om någon kapitalanvändning...". Se Lindskog JT 92-93 s. 92 not 37. Det bör inflikas att uttalandet görs vid behandling av de formella beslutsreglerna som ju skyddar aktieägarna och inte vid redogörelse för borgenärsregler. Uttalandet verkar emellertid så generellt att det även är relevant för bedömning enl. 12:2 ABL vilket även bekräftas av senare uttalanden. Se Lindskog s. 49ö.

Rodhe menar att "...bidragets effekt alltså återgår till moderbolaget..." i och med att dotterbolagsaktierna ökar i värde. Se Rodhe, Johansson, Balans 1/78 s. 32hö. Wennersten pekar på att koncernbidrag från moderbolag till dotterbolag närmast är att anse som "...någon form av tillskott...". Se Wennersten, Balans 10/84 s. 53vm.

Problemet, i resonemanget, är att man, trots att en rättshandling inte direkt motsvaras av något vederlag från dotterbolaget, låter ett indirekt vederlag (aktievärdet) invägas vilket i sin tur grundas på den speciella situationen i koncernen. Det spelar ingen roll att materiella tillgångar förs över till dotterbolaget eftersom detta ägs av moderbolaget. Här finner vi ett klart uttryck för en radikal enhetssyn mellan koncernbolag.

Grunden är alltså att borgenärsintressen i moderbolaget aldrig kommer i konflikt med värdeökningsteorin eftersom moderbolagets aktier i dotterbolaget ökar i värde motsvarande transaktionen från moderbolaget. Utgår vi ifrån att moderbolagets ekonomi är mycket dålig och att man saknar fritt eget kapital att dela ut blir situationen emellertid diskutabel. Trots moderbolagets dåliga ekonomi kan bolaget överföra tillgångar till sitt välmående dotterbolag som koncernbidrag. Aktievärdet i dotterbolaget ökar visserligen antagligen genom transaktionen. Varje aktiebolag är emellertid, som bekant, en separat juridisk person i lagens mening. Samtidigt kan vi tänka oss att dotterbolaget för ut den tillförda egendomen till tredje man. Oavsett om sådan utdelning sker i enlighet med 12:2 ABL eller inte, i dotterbolaget, får moderbolagets borgenärer svårt att angripa rättshandlingen. Moderbolagets borgenärer skyddas ju enbart av 12 kap ABL tillämpat på just moderbolaget. De kan ej åberopa brott mot 12 kap som sker i dotterbolaget. Någon kanske vore böjd att hävda att dotterbolaget har att iakttä moderbolagets ekonomiska situation som en del i bedömningen av om transaktionen i dotterbolaget är tillåten. Det är möjligt att detta vore rimligt men faktum är att det enbart är moderbolaget som är skyldigt att ta hänsyn till hela koncernens ekonomiska situation vid utdelning enligt 12:2 1 st. (beloppsregeln) och 12:2 2 st. (försiktighetsregeln). Det finns emellertid ingen liknande regel för dotterbolags agerande varför någon sådan plikt knappast kan intolkas.⁸²⁶

Den uppmålad situationen bygger visserligen på speciella omständigheter men pekar ändå på en betydande brist i värdeökningsteorin. Ett ensamt hänsynstagande till denna ger nämligen inget skäl till varför den skall accepteras.⁸²⁷ Genom överföringen till dotterbolaget förlorar moderbolagets borgenärer det skydd som 12 kap ABL föreskriver för tillgången. De får nöja sig med ett mer osäkert värde hos aktierna i dotterbolaget.⁸²⁸ Teorin måste alltså motiveras med ett resonemang kring existensen av ett koncernintresse mellan bolagen. Vi måste alltså lägga någon form av intresseaspekt på situationen. Kan detta koncernintresse väga så tungt att vi accepterar att egendom går borgenärerna förbi utan möjlighet för dem att angripa förfarandet enligt 12 kap ABL? Huvuddelen av doktrinen synes med dagens inställning mena att så bör vara fallet.⁸²⁹

Andersson verkar emellertid mena att detta inte är en rimlig lösning. Han menar att bedömningen även i denna relation bör kompletteras med ett *rent objektivt* krav på kommersiellt syfte hos moderbolaget. Ett koncernintresse, menar han, är inte en särskild form av kommersiellt syfte⁸³⁰. En rättshandling måste trots allt vara till individuell nytta för moderbolaget för att inte anses som vederlagsfri och betraktas som förtäckt vinstutdelning.

Andersson diskuterar även huruvida lovligheten hos ett koncernbidrag skall bedömas annorlunda om dotterbolaget är insufficient eller insolvent. Det hävdas i detta avseende ofta att överföringen då inte kommer att motsvaras av en lika stor värdeökning i aktierna för moderbolaget.⁸³¹ Istället gynnas enbart dotterbolagets borgenärer.⁸³² Frågan är dock om inte

⁸²⁶ Se Lindskog s. 68m och not 149. Lindskog menar emellertid närmast att beslutstillräknande skall ske i denna situation. Lindskog hänvisar därför till sitt resonemang på s. 51. Vi skall närmare granska denna teori i avsnitt V.7.2.2.5. Eftersom Lindskogs argument inte är helt övertygande och just är Lindskogs egna tas dessa inte upp vidare i denna del utan vi hänvisar Er till nämnda avsnitt.

⁸²⁷ Jfr. Anderssons resonemang. Han påpekar helt korrekt att tillgångar som finns i dotterbolaget enbart finns för att tillgodose borgenärerna till just dotterbolaget. Se Andersson (1) s. 481y. Möjligen har han omvärderat sin åsikt (jfr. Andersson (2) s. 74.)

⁸²⁸ Jfr. Andersson som påpekar att den tillgång i form av värdeökning i aktier som moderbolaget får är osäker. Se Andersson (1) s. 481x.

⁸²⁹ Se t.ex. Rodhe s. 123, Posselli, Grosskopf, Gometz, Huldén s. 42n f.

⁸³⁰ Se Andersson (1) s. 481n f.

⁸³¹ Se Lindskog JT 92/93 s. 92 not 37, Lindskog s. 49ö, Andersson (2) s. 74x, som dock inte delar denna inställning utan hänvisar till sitt tidigare arbete. Resonemanget torde bygga på att viss del av det tillskjutna kapitalet går åt till att täcka t.ex. en brist i bundet eget kapital i dotterbolaget som ju redan är taget i anspråk för andra borgenärer.

⁸³² Se avsnitt V.3.2.2.1.4.

värdeöverföringen kan motiveras av att moderbolaget söker rädda dotterbolaget. Andersson hävdar att så kan vara fallet. Ofta är en räddningsaktion kommersiellt värdefull för moderbolaget om den lyckas. Att moderbolaget, i realiteten, inte lyckas rädda dotterbolaget bör enligt Andersson inte föranleda en strängare bedömning.⁸³³ Han menar att "...om ledningen för moderbolaget tror sig kunna rädda dotterbolaget, är detta en disposition som inte bör betraktas som en förtäckt utbetalning..."⁸³⁴.

Vi ser inte riktigt hur Anderssons resonemang hänger ihop. Å ena sidan menar han att det kommersiella syftet skall bedömas rent objektivt (se ovan). Å andra sidan, skall man, om moderbolaget gör en felbedömning, plötsligt låta ledningens tro på att dotterbolaget går att rädda bli avgörande. Här skall således bedömningen bli subjektiv. Samtidigt fastställer Andersson att ett koncernintresse inte är "...ett kommersiellt syfte av eget slag."⁸³⁵ Har moderbolaget gjort en felbedömning uppfylls emellertid, rent objektivt sett, inget kommersiellt syfte. Men då skall ledningens tro på dotterbolaget vägas in, samtidigt som denna tro inte kan grundas på ett koncernintresse, eftersom ett sådant intresse inte tillmäts sådan vikt att det utgör ett kommersiellt syfte i sig. Vad är det då för tro som Andersson menar skall avgöra? Det finns väl knappast något annat intresse än ett koncernintresse som kan motivera en dylik misslyckad räddningsauktion. Vi menar att problemet ligger i att en objektiv bedömning av, i själva verket, subjektiva faktum *inte* låter sig göras.

Vi vill här förtydliga och något diskutera Anderssons resonemang ovan. Vad gör Andersson i praktiken när det framhålls att 12 kap ABL inte skall begränsa en missbedömd transaktion från moderbolagets sida. De facto låter han aktieägarnas intresse av att rädda visst dotterbolag få försteg gentemot moderbolagets borgenärers intresse av att tillgångarna behålls i bolaget. Här kan knappast heller värdeökningsteorin användas för att motivera överföringar eftersom dotterbolaget är insolvent. Effekten blir alltså att borgenärerna får bära risken för ägarnas intresse av att rädda ett annat koncernbolag. Andersson synes därmed implicit godta att ett koncernintresse kan tillåtas få effekt till nackdel för, i det här fallet, moderbolagets borgenärer.

21.2.2.2.3 Borgen och tredjemanspant

Hur skall vi då betrakta den situationen att ett moderbolag ställer ut en borgensförbindelse eller tredjemanspant för ett dotterbolags upplåning? Skall vi i denna situation tala om utdelning hos moderbolaget eller gäller liksom vid koncernbidrag värdeökningsteorin?. Rodhe hävdar att så är fallet. I regel kommer säkerställandet att medföra att dotterbolaget erhåller upplåning som kommer "...moderbolaget till godo genom en motsvarande ökning av dotterbolagsaktiernas värde."⁸³⁶ Rodhe talar här generellt om ställande av säkerheter och innefattar såväl borgen som tredjemanspansättning.⁸³⁷ Rodhes slutsats kan, utan vidare prövning, anses gälla beträffande utställande av tredjemanspant för viss fordran eftersom vi då kan fastställa exakt för vilket belopp moderbolaget kan komma att ansvara med, d.v.s. upp till pantens värde. Därmed har vi ett konkret begränsat ansvar att jämföra en värdeökning i moderbolagets aktieinnehav med. Det är emellertid svårt att överföra detta på borgensåtaganden generellt. Borgensansvar är ju inte begränsat på nu nämnda sätt. Det är dessutom vanligt förekommande att moderbolag ikläder sig ett generellt borgensansvar t.ex. för framtida krediter i dotterbolaget.⁸³⁸ Därmed kan vi knappast finna någon konkret begränsning av moderbolagets ansvar. Rodhes uppfattning stöds här emellertid fullt ut av praxis angående bedömning av vederlagsfrihet vid borgensåtagande. I NJA 1995 s. 418 fastställde HD nämligen att borgensåtagandens vederlagsfrihet skall bedömas vid tidpunkten för dess ingående. Därmed kan vi låta det konkreta beloppet som dotterbolaget erhåller kredit för just då vara det belopp för vilket moderbolaget ansvarar.

⁸³³ Jfr. Müllern s. 35vy. Bolaget måste ha möjlighet att göra dåliga affärer utan att detta innebär att vederlagsfrihet direkt intolkas i transaktionerna.

⁸³⁴ Se Andersson (1) s. 482x.

⁸³⁵ Se Andersson (1) s. 482m.

⁸³⁶ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123x.

⁸³⁷ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 122n.

⁸³⁸ Se Walin (2) s. 86y f.

21.2.2.2.4 Övriga transaktioner

Inom doktrinen har värdeökningsteorin främst förespråkats då fråga är om överföringar i form av koncernbidrag samt borgen och tredjemanspant.⁸³⁹ Vad denna inskränkta behandling beror på synes svårt att finna skäl för. När ett rent koncernbidrag överförs till ett dotterbolag sker ingen särskild bindning av tillgången här som skulle motivera någon särskild behandling. Väsentligen innebär bidraget enbart en form av värdeöverföring. I nästa led fastställs att denna värdeöverföring motsvaras av ökat värde hos dotterbolagsaktierna i moderbolagets hand. Samma resonemang kan lätt föras, vid andra typer av förtäckta utdelningar, när t.ex. moderbolaget säljer varor till underpris till dotterbolaget. Här föreligger en värdeöverföring med motsvarande tillgångsökning i dotterbolaget varvid samma aktievärdeökning torde gälla för moderbolagets del.

⁸³⁹ Se Andersson (1) s. 480m f, Andersson (2) s. 74x, Lindskog s. 49ö f, om koncernbidrag. Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123x, om borgen och tredjemanspant. Se även ovan avsnitt V.7.2.2.2.2, V.7.2.2.2.3.

21.2.2.2.5 Rättshandlingar till förmån för delägt bolag

Hur skall vi betrakta den situationen att ett moderbolag, t.ex. äger ett dotterbolag till 60% och till detta överför egendom. I detta fall kan givetvis inte koncernbidrag ske med skatterättslig verkan p.g.a. det begränsade ägandet. Det kan emellertid finnas andra skäl att stödja ett delägt dotterbolag. Det kan röra sig om finansiering av gemensamma projekt eller stöd för expansion etc.. Frågan är nu om vi vid sådana bidrag (tillskott) skall tillämpa värdeökningsteorin ovan. Vi har sett att denna bl.a. bygger på det rent teoretiska resonemanget att moderbolagets aktier i dotterbolaget ökar i värde motsvarande bidraget. Detta gäller emellertid inte när dotterbolaget är delägt, så som ovan. 40% av ökningen av dotterbolagets värde tillkommer ju faktiskt minoritetsägarna. Andersson pekar på den vanliga uppfattningen att vi i detta fall skall se denna andel som en partiell värdeöverföring.⁸⁴⁰ Mot logiken i detta resonemang finns väl inget att invända. Frågan är emellertid om denna syn får rimliga effekter. Låt oss ta det exemplet att moderbolaget beslutat sig för att finansiera ett forskningsprojekt i dotterbolaget. I detta finns givetvis inget vederlagsfritt syfte. 60% av finansieringen motsvarar här enligt Andersson en värdeökning i dotterbolagsaktierna och motsvaras alltså enligt värdeökningsteorin av vederlag. Frågan är dock hur andelen på 40% skall bedömas? Klart är att ingen del i själva projektet innefattar något moment av vederlagsfrihet. Ändå ser vi att det blir svårt att definiera denna andel på annat sätt än som just en värdeöverföring. Denna andel av projektet kommer ju minoritetsägarna till del genom värdeökning i deras aktier. Även om projektet i sig är affärsmässigt motiverat kan knappast just överföringen till minoritetsägarna motiveras med affärsmässiga överväganden. Det skall vidare påpekas att resultatet av projektet alltid till 40% kommer att tillfalla minoriteten genom utdelning. En annan fördelning av överskottet kräver att de senare godtar en sådan ordning eftersom detta annars strider mot likhetsprincipen i (9:37 ABL). Frågan är om detta är en rimlig effekt av att dotterbolag inte är helägt? Kan inte en så vid tillämpning av värdeökningsteorin förhindra ekonomiskt utbyte där det primära syftet är affärsmässigt oaktat att viss värdeöverföring ändå sker. Situationen kan ju faktiskt vara sådan att dotterbolaget i exemplet ovan var i behov av aktuell överföring för forskningsprojektets överlevnad samtidigt som moderbolaget var den enda med kapacitet att genomföra en sådan. Hade moderbolaget då inte tillräckligt fritt eget kapital för att täcka andelen på 40% ovan som blir vinstutdelning vore tillskottet dock omöjligt.

Vidare ser vi inte hur sådan tillämpning kan betraktas vara i enlighet med principerna i 12 kap. ABL. I exemplet med forskningsprojektet uppstår visserligen en värdediskrepans. Denna är emellertid inte huvudsyftet bakom transaktionen utan effekten av denna. Men för att en förtäckt utdelning skall föreligga krävs väl att syfte finns att just gynna en aktieägare. Så är inte fallet här utan i exemplet synes syftet helt affärsmässigt.

Lindskog verkar till skillnad från Andersson inte resonera kring värdeökningsteorin alls utanför helägda koncerner.⁸⁴¹ Han fastställer enbart att ett koncernbidrag i dessa fall "...kan vara motiverat från affärsmässig synpunkt."⁸⁴² Några resonemang kring ägarandelens betydelse för affärsmässigheten anges emellertid inte. Att på detta sätt inskränka värdeökningsteorins tillämpningsområde synes om än inkonsekvent betydligt rimligare än Anderssons vida tillämpning ovan.

21.2.2.3 Rättshandlingar från dotterbolag till moderbolag

21.2.2.3.1 Inledning

En transaktion där dotterbolaget för över medel till moderbolaget utan något direkt vederlag kan naturligtvis inte motiveras med värdeökningsteorin.⁸⁴³ Frågan är då om en sådan överföring alltid blir att betrakta som vinstutdelning enligt 12 kap ABL?

I denna relation förefaller frågan, huruvida ett koncernintresse kan vägas in, bli av helt avgörande vikt. Detta märks också i litteraturen. Finns det en värdedifferens och ett syfte att gynna eller kan transaktionen motiveras

⁸⁴⁰ Se Andersson (1) s. 481x. Andersson ger inga referenser till andra med denna uppfattning varför vi inte har kunnat uppskatta hur vanligt förekommande denna är.

⁸⁴¹ Se Lindskog s. 49 not 61.

⁸⁴² Se Lindskog s. 49 not 61.

⁸⁴³ Dotterbolaget äger ju inga aktier i moderbolaget som kan öka i värde vid en överföring.

som affärsmässigt betingad? Det påpekas ofta att dotterbolag normalt inlemmas i en ekonomisk enhet där man helt utgår från ett koncerntänkande. Ofta anses det inte finnas något behov att ta hänsyn till dotterbolags "...juridiska självständighet, vare sig...det gällt...organisatoriska regler eller när det gällt...regler om skydd för kapitalet."⁸⁴⁴ Bolagen drivs i princip uteslutande i "...koncernens intresse..." och detta oavsett om det kan vara till nackdel för visst enskilt bolag.⁸⁴⁵ Nedan skall vi se närmare på olika typer av rättshandlingar från dotterbolaget och söka skönja vilken juridisk betydelse ett sådant uppbyggt koncernintresse, mellan dotterbolag och moderbolag, kan ha gentemot bolagens borgenärer.

21.2.2.3.2 Koncernbidrag

Koncernbidrag som dotterbolag lämnar anses numera i doktrinen allmänt som vinstutdelning från dotterbolaget.⁸⁴⁶ Detta medför alltså att lovlighetsprövning skall ske enligt 12:2 ABL och att återbäringsskyldighet uppkommer enligt 12:5, om olovlig överföring skett. Den enda förutsättningen litteraturen anger som krav för att vinstutdelningsreglerna skall bli tillämpliga är att koncernbidraget verkligen medfört en värdeöverföring från dotterbolaget till moderbolaget.⁸⁴⁷ Hur bidraget genomförs anses sakna egentlig betydelse.⁸⁴⁸

21.2.2.3.3 Borgen och tredjemanspant

I avsnitt IV.4 har vi definierat borgen och tredjemanspant och sett på dessa rättshandlingars giltighet inom koncernens inre sfär och i avsnitt V.7.2.2.2 behandlas moderbolags säkerställande av dotterbolags skuld ur borgenärsskyddspunkt. Frågan är då hur vi skall betrakta dessa säkerställanden av tredje mans (gäldenärs) förpliktelse ur borgenärsskyddssynpunkt när dotterbolaget ställer säkerhet för moderbolagets gäld? För både borgen och tredjemanspant gäller att det, vid ett första påseende, synes som om det uteslutande rör sig om vederlagsfria handlingar.⁸⁴⁹ Ett säkerställande av tredje mans skuld motsvaras ju normalt inte direkt av en korresponderande betalning från gäldenären. Istället kanske säkerställandet avser att ge utställaren mer eller mindre svårdefinierade "...affärsmässiga fördelar...".⁸⁵⁰ Frågan blir då om vi kan tillåta oss att göra en intolkning av dessa kanske långsiktiga fördelar när vi ser på säkerställandet i lovlighetshänseende enligt 12:2 ABL.

Inledningsvis skall vi fastställa att frågan om vederlagsfrihet för både tredjemanspant och borgen skall prövas enligt de förhållanden som gällde vid pant- eller borgensavtalets ingående.⁸⁵¹

Vi vill kort kommentera gällande rätt på denna punkt vad avser bedömningen av borgensåtagande. Det synes nämligen otillfredsställande att låta bedömningen av vederlagsfriheten för ett sådant åtagande enbart med hänsyn till åtagandets omfattning vid avtalets ingående. Vid generella borgensåtaganden kan detta få oacceptabla effekter. Låt oss anta att DB ställer ut en generell borgen för MB:s del. Den aktuella upplåningen är vid denna tidpunkt mycket liten i moderbolaget. Åtagandet ryms därför inom DB:s utdelningsbara medel. Under verksamhetens gång fortsätter emellertid MB att belåna med borgensåtagandet som säkerhet. Bör inte denna ökning av DB:s ansvar kunna angripas med 12 kap. ABL om affärsmässighet kan anses utesluten? P.g.a. NJA 1995 s. 418 kan emellertid ett sådant hänsynstagande i efterhand knappast ske.

Hur skall då vederlagsfriheten bedömas för dessa rättshandlingar? I NJA 1980 s. 311 prövades inte säkerställande mellan koncernbolag men väl den mera allmänna situationen att ett bolag ställer tredjemanspant för aktieförvärvares gäld för köp av aktierna i bolaget. Situationen visar på de allmänna förutsättningarna för

⁸⁴⁴ Se Rodhe Johansson, Balans 1/78 s. 32h x.

⁸⁴⁵ Se a. a. s. 32h m.

⁸⁴⁶ Se Andersson (1) s. 479n f, Andersson (2) s. 74ö, Folkesson s. 179x, Rodhe s. 87y, Müllern s. 37v ö.

⁸⁴⁷ Se Andersson (1) s. 480x.

⁸⁴⁸ Jfr. NJA 1995 s. 742.

⁸⁴⁹ Se Rodhe, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1982 s. 55h y.

⁸⁵⁰ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 122n, jfr. Müllern s. 34 h n, 35 v ö.

⁸⁵¹ Se NJA 1980 s. 311 (Tredjemanspant), NJA 1995 s. 418 (Borgensåtagande):

tillämpning av 12:2 ABL vid ställande för tredjemans räkning. HD fastställde att panten kunde anses som utdelning om den varit vederlagsfri (ej affärsmässigt betingad) och gäldenären, för vilken panten ställts, varit insolvent.⁸⁵²

Rättsfallet har tolkats något olika inom doktrinen. Vad menar egentligen HD när de uttalar de två rekvisiten ”vederlagsfri” och ”insolvent”? Skall dessa uppfattas som kumulativa eller är det i själva verket så att de sammanfaller, d.v.s. när gäldenären, som panten ställts för, är insolvent, är säkerställandet också (automatiskt) vederlagsfritt.

Andersson synes hävda det sistnämnda.⁸⁵³ Han kallar detta minimumprincipen.⁸⁵⁴ Motivet till denna tolkning verkar vara följande. När vi talar om ställande av säkerhet för annans skuld, måste vi komma ihåg att utställaren alltid har en latent regressfordran mot låntagaren, i det fallet att panten tas i anspråk för dennes gäld. Denna fordran har ett värde för utställaren ända tills låntagaren blivit insolvent. Därmed föreligger vederlagsfrihet enbart när låntagaren är insolvent. Andersson ifrågasätter alltså om ställande av borgen och tredjemanspant alls kan vara vederlagsfri när gäldenären är solvent.⁸⁵⁵ Regressfordran är ju då intakt. Aktiebolag skulle då kunna ställa tredjemanspanter utan hänsyn till begränsningarna i 12:2 ABL så länge gäldenären är solvent. Så långt vill Andersson dock inte gå, även om han anser att rättsfallet nog kan tolkas så.⁸⁵⁶ Även Lindskog pekar på att rättsläget är osäkert i denna del.⁸⁵⁷

I den övriga doktrinen synes Anderssons och Lindskogs osäkerhet i detta avseende ej ha vunnit särskilt genomslag. Ofta uttrycks, tämligen kortfattat, att HD i NJA 1980 s. 311 avsett att fastslå två separata kumulativa rekvisit, dels krävs vederlagsfrihet, dels krävs att aktieförvärvarna var insolventa.⁸⁵⁸ Detta är två från varandra fristående bedömningar. Å andra sidan finns det hos bl.a. Rodhe en tendens att inte alls fästa avseende vid insolvenskravet hos gäldenären. Han menar istället att tredjemanspanten i fallet var sådan att ”...det var...uppenbart att det rörde sig om en pantsättning, som inte var affärsmässigt betingad...”⁸⁵⁹ Insolvenskriteriet kommenteras inte ens.

Ett rättsfall som uttryckligen rör dotterbolags tredjemanspant för moderbolags gäld är slutligt beslut av Södertälje Tingsrätt 1979-12-19 ST 523 (mål T 492/79) (nedan Byggma Öst). Målets rättskällevärde måste naturligtvis ifrågasättas m.h.t. att det rör sig om ett underrättsavgörande. Rättsfrågan är emellertid av största vikt för att förstå problematiken när dotterbolag ställer tredjemanspant. Fallet rörde konkurser i koncernen Byggma Invest. En bank bevakade, i konkursen, hos ett av koncernens dotterbolag, bl.a. en ställd tredjemanspant. Denna var ställd för moderbolagets gäld. Konkursförvaltaren bestred bankens bevakning då han ansåg att rättshandlingen var ogiltig, eftersom den utgjort olovlig vinstutdelning från dotterbolaget (12:2, 12:5 ABL). Pantsättningen stred uppenbarligen mot syftet med bolagets verksamhet. Dessutom förelåg vederlagsfrihet eftersom dotterbolaget ej erhållit någon likvid för pantsättningen. Banken menade å andra sidan att dotterbolaget ”...haft sådan nytta av samarbetet inom koncernen att det varit berättigat att vid pantsättningen sätta koncernens intresse framför omsorgen om bolagets borgenärer.”⁸⁶⁰ Tingsrätten fastställde att dotterbolaget ej haft några utdelningsbara medel. Därefter gick de in och prövade huruvida det av banken åberopade ”...koncernintresset...” inverkade på bedömningen av om vinstutdelning förelåg eller ej.⁸⁶¹ Tingsrätten valde att

⁸⁵² Se rättsfallet s. 316m. Jfr. NJA 1951 s. 6 I och II, NJA 1966 s. 475, NJA 1976 s. 618.

⁸⁵³ Se Andersson (1) s. 467y, Andersson (2) s. 72y.

⁸⁵⁴ Se Andersson (1) s. 468ö, Andersson (2) s. 72y.

⁸⁵⁵ Se Andersson (1) s. 468x.

⁸⁵⁶ Istället fastställer han att en intakt regressfordran inte får bestämma om förtäckt utdelning föreligger eftersom detta är en eventalförpliktelse (se Andersson (1) s. 468y f). Regressfordran aktualiseras ju först när panten tagits i anspråk och då saknar den normalt värde eftersom gäldenären då ej är betalningsduglig för den ingångna krediten. Varje gång ett bolag ställer tredjemanspant skall därför en objektiv bedömning ske av om det finns ett kommersiellt syfte med denna. Finns sådant syfte faller rättshandlingen möjligen inte under 12:2 ABL. Huruvida ett kommersiellt syfte skall krävas är Andersson dock, som sagt, osäker på (se Andersson (2) s. 73x).

⁸⁵⁷ Se Lindskog JT 92-93 s. 82m f. Lindskog frågar sig om regressfordran verkligen är så substansiell att en intakt sådan skall vara tillräckligt för att begränsningarna i 12:2 ABL inte skall gälla?

⁸⁵⁸ Se t.ex. Posselius, Gorskopf, Gometz, Huldén s. 43 y.

⁸⁵⁹ Se Rodhe Balans 1/81 s. 5m ö, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123m.

⁸⁶⁰ Se Beslutet s. 21ö (domstolens sammanfattning).

⁸⁶¹ Se Beslutet s. 21x.

pröva det återopade intressets styrka. Inledningsvis upptogs att moderbolaget "...bistått sina blivande dotterbolag med borgensåtaganden och experttjänster...inköp, marknadsföring och utbildning samt att koncernen haft intresse av att framgent ha ett gott förhållande till banken."⁸⁶² Därefter påpekades att dotterbolaget ej betingat koncernens betydande kapitalbehov, att dotterbolaget inte heller haft behov av tillskott för verksamheten och att man "...kunnat driva sin verksamhet utan stöd av koncernen...".⁸⁶³ Slutligen sammanvägde tingsrätten omständigheterna och fastställde att "...koncernsamarbetet uppenbarligen ej varit av sådan beskaffenhet att pantsättningen varit förenlig med föremålet för bolagets verksamhet."⁸⁶⁴ Tredjemanspanten skulle därmed bedömas enligt 12:2 ABL och var därmed olovlig.

Det väsentliga i målet är att tingsrätten faktiskt synes gå in och granska ett särskilt koncernintresse och huruvida detta har relevans vid prövning av huruvida vinstutdelning föreligger. Vad som därmed prövas är alltså om den särskilda koncernlojalitet som ofta karakteriserar beslut och organisation inom koncernbildningen (den inre sfären) kan tillåtas få effekt gentemot borgenärerna i den yttre sfären.

Inledningsvis skall påpekas att det är av vikt att hålla i åtanke att Byggma Öst-målet avgjordes innan det ledande tredjemanspantmålet, NJA 1980 s. 311. Frågan är om HD genom detta rättsfall modifierat möjligheterna att hämta stöd i Byggma Öst-målet? Ovan framställdes två olika tolkningsmöjligheter av NJA 1980 s. 311. HD kan anses ha fastställt att pantsättningen var vederlagsfri enbart på grund av att gäldenärerna var insolventa. En sådan tolkning medför naturligtvis att Byggma Öst-målet spelat ut sin roll. Tingsrätten borde ju då ha prövat om regressfordran för dotterbolaget var intakt vid säkerställandet, (d.v.s. huruvida moderbolaget var solvent eller ej), och nöjt sig härmed. Doktrinen synes inte villiga att medge en sådan tolkning av situationen.⁸⁶⁵ Anser vi istället att HD 1980 enbart vägde in gäldenärernas insolvens *som en del* i bedömningen av om panten varit affärsmässig eller ej är inte tingsrättens bedömning i Byggma Öst-målet motsagd. Bedömningen bör i så fall inte ersättas utan enbart kompletteras med en insolvensbedömning i moderbolaget.

Hur har då doktrinen tolkat målet. Andersson anser att det är högst tveksamt om ett koncernintresse kan tillmätas självständig betydelse.⁸⁶⁶ Även Lindskog påpekar att ren hänsyn till ett koncernintresse "...måste åtminstone delvis vara felaktigt."⁸⁶⁷ Endast dotterbolagets egen behållning av pantsättningen skall avgöra.⁸⁶⁸ Lindskog exemplifierar matematiskt med att om säkerställandet underlättar för moderbolaget att få ett lån på 100 tkr och dotterbolaget erhåller 25 tkr så är lånet vederlagsfritt (åtminstone till 75 tkr(?))⁸⁶⁹

Vad som talar för denna inställning i doktrinen är att tingsrätten verkar göra en bedömning av för- och nackdelar för det enskilda dotterbolaget av det aktuella samarbetet i koncernen. Avgörande blir, vid en sådan tolkning, huruvida någon form av indirekt vederlag kommit dotterbolaget till del. Detta befanns möjligen inte ha varit fallet. Tingsrättens analys uppvisar betydande likheter med en helt vanlig bedömning av om förtäckt vinstutdelning förelegat. Man ser till huruvida värdefrånhändandet medfört en motsvarande värdeökning för det utgivande bolaget. Som exempel kan anges när ett aktiebolag ställer en säkerhet för en underleverantörs gäld med motivet att man vill rädda denna från obestånd för att det skulle kosta för mycket att lära upp och organisera en ny leverantör. En sådan pantsättning skulle sannolikt inte vara att bedöma enligt 12:2 ABL. Den är ju inte vederlagsfri då den motsvaras av kommersiella fördelar. Tingsrättens bedömning i Byggma Öst uppvisar likheter med en sådan bedömning d.v.s. vad man bedömer behöver inte nödvändigtvis karakteriseras som ett särskilt

⁸⁶² Se Beslutet s. 21x.

⁸⁶³ Se Beslutet s. 21m.

⁸⁶⁴ Se Beslutet s. 21n.

⁸⁶⁵ Se Andersson (1) s. 470 not 120, Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123x, som inte alls nämner krav på insolvens, jfr. Rodhe, Balans 1/81 s. 5.

⁸⁶⁶ Se Andersson (1) s. 470m. Även Folkesson är i viss mån tveksam men synes ändå godta viss hänsyn till koncernintresset som självständigt instrument. Se Folkesson s. 188x jfr. med s. 188n. Se även nedan. Anderssons inställning är något märkligt som vi ovan sett i avsnitt V.7.2.2.2.2 erkänner han de facto ett koncernintresses effekt när moderbolaget söker rädda ett dotterbolag. Vad gör att vi inte kan tillämpa motsvarande resonemang på dotterbolaget? När dotterbolag är insolventa gäller ju knappast värdeökningsteorin. Se även nedan V.7.2.4.1

⁸⁶⁷ Se Lindskog s. 48m.

⁸⁶⁸ Se a. a. s. 48 not 59.

⁸⁶⁹ Se Lindskog JT 92-93 s. 99 not 57.

koncernintresse utan kan eventuellt betraktas som en vanlig bedömning av om pantsättningen varit affärsmässigt betingad.

Byggma Öst-målet synes dock lämna vägen öppen för en vidare tolkning, där existensen av ett fristående koncernintresse möjligen kan medges. Innebörden av en sådan tolkning måste bli att det benefika i en rättshandling, mellan koncernbolag kan ersättas, inte med en bedömning av enskilda och konkreta för- och nackdelar, för det utgivande bolaget, utan med en mer liberal tillämpning av 12:2 ABL i koncerner. Tingsrätten uttalar att bedömningen rör just ett särskilt koncernintresse på flera ställen i skälen. Även i doktrinen finns visst stöd för en sådan vidare tolkning. Rodhe pekar t.ex. generellt på att dotterbolag ofta har "...en sådan samhörighet med moderbolaget, att ställande av säkerhet för moderbolaget i syfte att underlätta kredit åt detta är att betrakta som motiverat av dotterbolagets egna intressen."⁸⁷⁰ Han påpekar också att en absolut jämlikhet i utställande och mottagande bolags vederlag inte krävs för affärsmässighet. Han menar att "...(d)et bör räcka att dotterbolaget då och då får en kredit av moderbolaget som underlättats av det säkerställda lånet..."⁸⁷¹. Rodhe går t.o.m. så långt som att konstatera att underlättande av affärsförbindelser, i största allmänhet, mellan dotterbolag och moderbolag, bör räcka för att 12:2 ABL inte skall bli tillämplig. Däremot yttrar han osäkerhet i det fallet att det helt saknas liknande kopplingar inom koncernen.

Folkesson synes hysa en liknande inställning.⁸⁷² I likhet med Rodhe menar han att vi antagligen inte behöver ställa krav på att "...direkt vederlag..." motsvarar säkerställandet.⁸⁷³ Han pekar på att det finns många faktorer i en koncern som kan inverka positivt på ett dotterbolags verksamhet. Dels innebär koncerntillhörigheten ofta tillgång till "...betydande resurser..." samt "...tjänster och service...", dels kan större förtroende ofta uppnås hos t.ex. kreditgivare.⁸⁷⁴ Samtidigt görs klart att visst vederlag måste förekomma som skall vara "...iakttagbart och påtagligt..."⁸⁷⁵ I tveksamma fall skall dock "...borgenärsskyddsintressena väga tyngre än ett koncernintresse..."⁸⁷⁶

Även i Müllerns diskussion om hur strikt 12:2 ABL kan tillämpas på här berörda fall kan vi skymta en benägenhet att något uppgivet konstatera att osäkerheten är stor i detta avseende. Han konstaterar att den omständigheten att "...dotterbolaget exempelvis tillverkar en produkt som ingår i moderbolagets tillverkning eller försäljning...dotterbolaget kan ha ett kommersiellt gångbart intresse av att stödja moderbolaget."⁸⁷⁷ Han konstaterar också att det knappast kan införas någon "...generell regel som enkelt kan anvisas för alla...upptänkliga situationer."⁸⁷⁸ Avslutningsvis uttalar han sitt stöd för tingsrättens prövning av koncernintresset i Byggma Öst-målet och fastställer att domen "...väl speglar det sätt som lagens regler de lege lata skall tolkas."⁸⁷⁹

Hur skall vi då se på tingsrättens bedömning av om vederlagsfrihet förelåg? Den första frågan som inställer sig, om vi, som bl.a. Andersson och Lindskog vill frångå ett egentligt koncernintresse relevans, är varför Tingsrätten alls tog upp begreppet koncernintresse? Gjorde Tingsrätten verkligen enbart den strikta bedömning av huruvida värdet av bolagets säkerhet motsvarades av de rent konkreta fördelarna, för dotterbolaget, att ingå i en koncern, som t.ex. Lindskog förespråkar?

Tingsrätten upptar i sina skäl orsakerna bakom "...kapitalbehovet i koncernen...", som en faktor att ta hänsyn till.⁸⁸⁰ Här verkar tingsrätten lyfta blicken något, från det enskilda dotterbolaget, till koncernens situation som helhet. Det pekas vidare på att tredjemanspanten ställts då "...koncernen befunnit sig i en krissituation..."⁸⁸¹ Varför skulle tingsrätten alls ha tagit hänsyn till dessa faktorer om de inte såg skäl att göra en mer nyanserad

⁸⁷⁰ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123m.

⁸⁷¹ Se a. a. s. 123m. Vår parentes

⁸⁷² Se Folkesson s. 188n.

⁸⁷³ Se a. a. s. 188n

⁸⁷⁴ Se Folkesson-Tropp s. 2/86 s. 39h y.

⁸⁷⁵ Se Folkesson s. 188n.

⁸⁷⁶ Se a. a. s. 189ö.

⁸⁷⁷ Se Müllern s. 37h m.

⁸⁷⁸ Se a. st.

⁸⁷⁹ Se Müllern s. 38h ö.

⁸⁸⁰ Se Beslutet s. 21m.

⁸⁸¹ Se Beslutet s. 21 y.

bedömning av säkerställandets vederlagsfrihet till följd av förekomsten av mjukare värden i koncernsituationen. Är det möjligt så att det rör sig om en särskild slags *skälighetsbedömning* där Tingsrätten, dels väger in konkreta fördelar, dels väger in en mer allmän bedömning av ett koncernintresse? Ett säkert svar på denna fråga synes svårt att ge med utgångspunkt enbart i Byggma Öst målet. Rodhes och Folkessons inställning att krav på absolut ekvivalens, i vederlag, ej kan ställas vid koncerninterna tredjemanspanter, synes emellertid stödja det faktum att 12 kap ABL kan tillämpas mer liberalt i koncernsammanshang.⁸⁸² Det kan därför inte uteslutas att vi skall genomföra en särskild skälighetsbedömning när vi bedömer vederlagsfrihet hos ett dotterbolags rättshandlingar.

21.2.2.4 Rättshandlingar mellan dotterbolag (systerbolag)

21.2.2.4.1 Inledning

Vi har i de föregående två avsnitten granskat rättshandlingar från moderbolaget till dotterbolaget och från dotterbolaget till moderbolaget. Ofta är det emellertid så att ett moderbolag har flera dotterbolag. Därmed uppkommer en tredje relation, d.v.s. rättshandlingar mellan dotterbolagen.

Vad har då dotterbolagen egentligen för relation till varandra? Klart torde vara att de får anses vara närstående. Detta är de i den bemärkelsen att de har en och samma ägare, moderbolaget.⁸⁸³ Att värdeökningsteorin inte kan tillämpas står klart eftersom det inte finns en ägarkoppling av den karaktär som finns mellan moderbolag och dotterbolag. Finns det då någon möjlighet att ta hänsyn till ett koncernintresse?

Frågan är om systerbolag kan anses som närstående i lika hög grad som i relationen dotterbolag och moderbolag. En klar skillnad föreligger i det att det mellan dotterbolag inte råder motsvarande maktsituation som mellan moderbolag och dotterbolag. Däremot kan det i praktiken vara så att dotterbolag har lika nära eller närmre relationer till varandra än till moderbolaget; särskilt om moderbolaget enbart är ett holdingbolag och dotterbolagen bedriver likartade verksamheter. Inom den inre sfären kan alltså ett koncernintresse, som motsvarar det mellan moderbolag och dotterbolag, utvecklas. Frågan är om detta kan få effekt utåt på motsvarande sätt som det möjligt kan i den förra relationen enligt ovan angivna doktrin och Byggma Öst fallet?

21.2.2.4.2 Koncernbidrag

Vid koncernbidrag mellan systerbolag anför bl.a. Andersson enbart, mycket kortfattat, att sådant skall anses falla under 12:2 ABL och lovlighetsprövas i vanlig ordning, eftersom någon värdeökningsteori inte kan tillämpas.⁸⁸⁴ Man gör alltså i doktrinen samma mer eller mindre schablonmässiga bedömning här som vid koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag. Rodhe och Johansson påpekar att dylika koncernbidrag normalt bör betraktas som utgivna via moderbolaget.⁸⁸⁵ Vad som avses med detta uttalande är något oklart. Möjligen menar de att situationen skall delas upp i två delar. Först sker ett koncernbidrag till moderbolaget från det utgivande dotterbolaget. Därefter sker ett koncernbidrag från moderbolaget till det mottagande dotterbolaget. Lindskog menar att dessa åsikter inte har någon aktiebolagsrättslig relevans utan främst motiverats p.g.a. skatterättens genomsyn i detta hänseende.⁸⁸⁶ I enlighet härmed anser han att det inte är moderbolaget som blir återbäringsskyldigt om koncernbidraget strider mot 12:2 utan det är det mottagande dotterbolaget som skall återbära egendomen.

21.2.2.4.3 Borgen och tredjemanspant

⁸⁸² Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123m, Folkesson s. 188n.

⁸⁸³ Jfr. NJA 1997 s. 418 (avsnittV.3.2.2.1.4) och närståenderekvisiten i 12:7 ABL och 4:3 KL. Andersson 2 s. 59m.

⁸⁸⁴ Se Andersson 2 s. 74x. Wennersten kommenterar bidrag i denna relation men slutsatsen är tämligen vag. Se Wennersten, Balans 10/84 s. 53v n.

⁸⁸⁵ Se Rodhe, Johansson, Balans 1/78, s. 33h m.

⁸⁸⁶ Se Lindskog s. 49 not 61 y.

I doktrinen utvecklas inte närmare den särskilda situationen att borgen eller tredjemanspant ställs mellan dotterbolag. Det torde emellertid inte vara uteslutet att de resonemang som gäller då dotterbolag vidtar motsvarande handlingar mot moderbolaget kan tillämpas. Rättsläget synes mycket oklart i detta hänseende.

21.2.2.5 Rättshandlingar från dotterbolag till annan än moderbolaget

En överföring av tillgångar från ett dotterbolag till annan än moderbolaget medför som vi redan berört i avsnitt V.3.2.2.1.4 att inte enbart dotterbolaget minskar i värde utan att även att moderbolagets innehav av aktier i dotterbolaget minskar i värde. Skall vi p.g.a. detta förhållande genomföra en särskild lovlighetsprövning av sådana överföringar? Lindskog menar att detta nog är motiverat.⁸⁸⁷ Han anser att dotterbolag aldrig kan genomföra dylika utbetalningar utan att moderbolaget godtar dessa. I detta krav på godtagande ligger enligt Lindskog också att godkännande måste ha framstått som möjligt för moderbolaget, m.h.t. dess ekonomiska situation. Detta menar Lindskog framgår av 12:6 ABL. Utbetalning till tredje man blir att likställa med en allmännyttig gåva och därmed krävs aktieägarens (moderbolagets) samtycke. Ges inte sådant samtycke eller ges det utan att moderbolaget haft möjlighet härtill, då gåvan överstigit moderbolagets utdelningsbara kapital, skall därför ogiltighet inträda.⁸⁸⁸ Vi har i avsnitt V.3.2.2.1.4 valt att kalla detta synsätt för *värdeminskningsteorin*.

Vad innebär denna teori då rent konkret. Vid första påseende kan det verka som om denna är en logisk följd av värdeökningsteorin när transaktioner sker från moder- till dotterbolag. Riktigt så enkelt är det nu emellertid inte att generellt godta en sådan tankegång. Saken är nämligen den att det normalt inte går att tillräkna en självständig juridisk person rättshandlingar vidtagna i en annan juridisk person. Stödet som Lindskog anser sig ha för sin tolkning av gällande rätt är att 12:6 ABL blir tillämpligt så snart dotterbolag överför egendom till en tredje man. Är då detta verkligen en korrekt iakttagelse?

Vi har ovan i avsnitt V.3.2.2.1.3 berört rättsfallet NJA 1997 s. 418. I detta rättsfall fastställde HD uttryckligen att 12:2 ABL inte enbart var tillämpligt när aktieägare mottagit utdelning utan även när vissa närstående erhöll en vederlagsfri överföring. I och med att 12:2 fått detta vidare tillämpningsområde kan vi således inte generellt fastställa att utbetalning till tredje man skulle kräva moderbolagets samtycke enligt 12:6. Vi måste nämligen först kunna fastställa att 12:2 inte skall tillämpas analogt för den aktuella mottagaren.⁸⁸⁹

Ett annat problem i Lindskogs resonemang är att vi kan ifrågasätta vad 12:6 överhuvudtaget har för relevans gentemot borgenärerna i moderbolaget. Denna regel anses, precis som 12:3 ABL, skydda aktieägarna (minoriteten) i dotterbolaget, eftersom det är här beslut om utdelning tas. Denna regel kan därför fritt åsidosättas om ingen aktieägare klandrar detta.⁸⁹⁰ Därmed står det också klart att borgenärerna aldrig kan använda 12:6 som en grund för klander. Regeln är nämligen inte uppställd i borgenärernas intresse.

Sammanfattningsvis kan vi inte se hur 12:6 generellt kan motivera att moderbolaget skall anses ha självständigt beslutat om utbetalning både i moderbolaget och i dotterbolaget. Vidare pekar varken 12:2 eller 12:6 i den riktningen att vi har att göra en dubbel lovlighetsprövning vid utbetalningar till tredje man från dotterbolag. Här uttalas inget krav på särskild hänsyn till moderbolagets ekonomiska situation, för dotterbolagets del. Det som möjligen kan motivera en dylik teori är just koncernbolagets särskilda närståendeförhållande och vi skulle då se förbi 1:1 ABL, om varje bolags juridiska självständighet samt huruvida aktuella beslutsregler är av tvingande eller kan åsidosättas. Vi kan emellertid inte se att Lindskog skulle vara beredd att inta denna ståndpunkt. Utanför den tillämpning av 12:6 ABL som han förespråkar verkar han inte alls benägen att tillräkna moderbolaget dotterbolags rättshandlingar. Vi kan här hänvisa till Lindskogs inställning vid dotterbolags koncernbidrag till systerbolag som vi nämnde i avsnitt V.7.2.2.4.2 Medan Rodhe och Johansson närmast anser att vi här skall tillräkna moderbolaget sådana transaktioner anser Lindskog att "...den fiktionen saknar bolagsrättslig relevans."⁸⁹¹

⁸⁸⁷ Se Avsnitt V.3.2.2.1.4 och Lindskog s. 51ö f.

⁸⁸⁸ Se Lindskog s. 51x.

⁸⁸⁹ Se Andersson s. 62y.

⁸⁹⁰ Se Andersson s. 62y, Kedner, Roos, Skoog II s. 122y. Även Lindskog synes anse att detta är fallet. Se Lindskog s. 144x.

⁸⁹¹ Se Rodhe, Johansson Balans 1/78 s. 33h m, Lindskog s. 49 not 61n.

21.2.3 Andra rättsliga utgångspunkter

21.2.3.1 Inledning

I avsnitt V.7.2.1.2 har vi granskat om det finns motiv för en särskild närståenderelation mellan koncernbolag i de regler som gäller för den inre sfären i koncernen. Härvid fann vi att särskilda undantag för jäv kunde tala för detta. I avsnitt V.7.2.2 har vi sett att det i både doktrin och i viss mån i rättspraxis finns resonemang kring ett koncernintresse som bygger på den särskilda närståenderelationen faktiskt kan få effekt även mot koncernbolagens borgenärer. Frågan är då om det finns andra särskilda regler i 12 kap ABL som ger uttryck för att liknande beaktande av att den särskilda situationen inom koncernen med nödvändighet måste få viss verkan även gentemot den yttre sfären.

21.2.3.2 Koncernhänsyn i 12:2 ABL

Som vi konstaterat i avsnitt V.3.2.3.4 skall moderbolaget i en koncern alltid se till hela koncernens ställning, dels när lovlighetsprövning sker enligt beloppsregeln (12:2 1 st.), dels när detta sker enligt försiktighetsregeln (12:2 2 st.).

Dessa särskilda regler kan ses som en slags lagreglering innebärande att de enskilda bolagen i en koncern inte kan ses som helt och hållet fristående från varandra. De är sammanlänkade och i enlighet med detta skall borgenärsskyddet anpassas. Vi kan här skymta en tendens till uttrycklig enhetssyn inom koncerner även om den här är till borgenärernas fördel.

Visserligen kan stöd inte hämtas i förarbetena för dylika slutsatser men faktum kvarstår: Reglerna i 1 och 2 st. innebär en, om än marginell, lagregel om ansvarighet hos moderbolaget för dotterbolagets ställning.⁸⁹²

21.2.3.3 Koncernhänsyn i 12:7 ABL

I avsnitt 3.3 har vi framhållit det särskilda undantaget för koncernbolag vad gäller utlåning mellan bolagen (12:7 2 st 2 p ABL). Utlåning kan härigenom ske fritt mellan koncernbolagen.

Vad finns det för skäl, annat än, att den särskilda relationen mellan koncernbolag, motiverar att dessa skall kunna låna ut pengar fritt mellan sig? Man kan i denna regel skymta ett godtagande av betydligt större flexibilitet i transaktioner mellan koncernbolag än annars vilket givetvis bidrar till utökade möjligheter till ekonomisk samverkan inom koncernens ram.

21.2.3.4 Sammanfattning

Vi kan alltså se att borgenärsskyddsreglerna i ABL förändras inom ramen för koncerner. De regler som vi här analyserat visar emellertid på att reglerna ömsom innebär ett mer omfattande borgenärsskydd ömsom inskränker detta. Hänsynen i 12:2 utvidgar borgenärsskyddet och undantaget i 12:7 inskränker i viss mån detsamma. Men bakom dessa regler ligger ett gemensamt motiv, att söka avväga det yttre uttrycket för den faktiska existensen av ett koncernintresse inom koncerners inre sfär.

21.2.4 Diskussion och slutsatser

21.2.4.1 Ett koncernintresse för moderbolaget

Vi har ovan sett att doktrinen de facto accepterar värdeökningsteorin när moderbolag överför tillgångar till ett dotterbolag. Att detta sker beror helt klart på att det finns en särskild karaktär hos relationerna mellan helägda koncernbolag. Denna är uppenbarligen sådan att det blir motiverat att se koncernen som en enhet. Doktrinen bortser från det faktum att materiella tillgångar faktiskt förs över till dotterbolaget helt utan motsvarande betalning för dessa. Klart är emellertid att tillgångarna rent konkret s.a.s. hamnar i dotterbolagets borgenärs hand. Detta kan alltså moderbolagets borgenärer inte korrigera med 12 kap ABL. Dylika transaktioner från moderbolaget utgör ju inte vinstutdelning. Vi bortser alltså från, dels var de materiella tillgångarna verkliga

⁸⁹² Se Lindskog s. 68y. Se även avsnitt V.3.2.3.4.

finns, dels att de förs mellan självständiga juridiska personer. Efter vad vi kan se finns det alltså här en stark enhetssyn och denna genomsyn av de juridiska personerna är alltså vad som karakteriserar koncernintresset i denna relation. I viss mån förstärks detta intryck av Anderssons åsikt att 12 kap ABL inte ens skall tillämpas när moderbolag sökt rädda dotterbolag från konkurs men misslyckats.⁸⁹³ Detta trots att vi har ett klart värdefrånhängande från moderbolaget.

21.2.4.2 Ett koncernintresse för dotterbolaget

Vi vill här inleda med att visa på den inkonsekvens som finns inom doktrinen vad gäller dotterbolags transaktioner gentemot moderbolaget. Ovan har vi analyserat två viktiga transaktionstyper, dels koncernbidrag, dels borgen och tredjemanspant. När doktrinen analyserar huruvida det vid dessa finns möjlighet att ta hänsyn till ett koncernintresse, har vi funnit en skillnad i diskussionens karaktär beroende på vilken typ av transaktion som behandlas. När koncernbidrag från ett dotterbolag tas upp fastställs ofta kategoriskt att vi har att göra med en form av vinstutdelning.⁸⁹⁴ När sedan ställande av tredjemanspant för moderbolagets skuld tas upp anläggs ofta en betydligt mer nyanserad ton.⁸⁹⁵ Vad beror detta på?

Till att börja med kan en mer nyanserad bedömning vara motiverad eftersom HD i NJA 1980 s. 311 ju faktiskt uppställde insolvens hos mottagaren av panten som ett argument för att vederlagsfrihet förelåg. Detta motiverar naturligtvis en diskurs om huruvida sådan insolvens är ett absolut krav för att pantsättningen skall anses som vederlagsfri och kunna angripas enligt 12 kap ABL. Motsvarande krav finns ju inte uppställt vad gäller koncernbidrag. Sådant kan naturligtvis anses som vederlagsfritt utan vidare hänsyn till om insolvens förelåg hos mottagaren.

Vad som emellertid är av intresse är att diskussionen i doktrinen inte skiljer sig åt enbart i detta avseende. Även i övrigt är diskussionen mer nyanserad när tredjemanspant granskas. Exempelvis pekar Rodhe på att koncernbidrag från dotterbolag till moderbolag är att anse som vinstutdelning från dotterbolaget.⁸⁹⁶ Vederlagsfrihet anses helt självklart föreligga. När sedan tredjemanspant diskuteras synes Rodhe emellertid klart väga in ett koncernintresse i bedömningen. Här anser han ju att 12 kap ABL inte blir tillämpligt ens om enda fördelen som dotterbolaget har av panten är att man "...i största allmänhet gör affärer med moderbolaget...".⁸⁹⁷ Men varför skall bedömningen vara mer sträng när koncernbidrag lämnas än när tredjemanspant ställs?

Vi anser att dylika gradskillnader i bedömningen av dessa transaktioner ej låter sig motiveras. Om det skall göras en mer nyanserad bedömning då fråga är om tredjemanspant från dotterbolag bör detta ske även vid koncernbidrag från detsamma. I båda fallen måste vi ställa oss frågan om värdeöverföring har skett och bedömningen härav bör inte vara beroende av vad handlingen kallas. Ett koncernbidrag kan ju faktiskt ges i form av en tredjemanspant.⁸⁹⁸ Finns det utrymme för ett koncernintresse bör detta prövas enhetligt. Vad är det som säger att ett koncernbidrag inte kan motiveras med att dotterbolaget t.ex. "...då och då får en kredit av moderbolaget...", "...i största allmänhet gör affärer med moderbolaget..." eller har produktmässiga samband.⁸⁹⁹

Frågan är då om vi närmare kan definiera ett hänsynstagande till ett koncernintresse när dotterbolaget rättshandlar med moderbolaget? Vi har här, som påpekats ovan, en betydande rättsosäkerhet och en entydig definition kan knappast uppställas. Precis som utifrån moderbolagets synvinkel (se föregående avsnitt) ligger själva grunden i ett beaktande av ett koncernintresse i att vi anlägger en form av enhetssyn på koncernen. Utgångspunkten är givetvis intressegemenskapen mellan koncernbolag. En god ekonomisk situation i koncernen gynnar normalt även de enskilda koncernbolagen. Gynnas de enskilda bolagen genom koncernens verksamhet kan vi knappast se en enskild överföring från ett dotterbolag till dess moderbolag isolerat och betrakta den som vinstutdelning. Vidare kan situationen föreligga att visst bolag just nu inte gynnas inom koncernen men kanske

⁸⁹³ Se avsnitt V.7.2.2.2.2.

⁸⁹⁴ Se ovan avsnitt V.7.2.2.3.2, V.7.2.2.4.2 Andersson (1) s. 479n f, Andersson (2) s. 74ö, Folkesson s. 179x, Rodhe s. 87y, Müllern s. 37v ö.

⁸⁹⁵ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123m, Andersson (2) s. 470ö, Folkesson s. 188x.

⁸⁹⁶ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 87m.

⁸⁹⁷ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123m

⁸⁹⁸ Se Andersson (1) s. 482y.

⁸⁹⁹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 123y, Müllern s. 37h m.

haft nytta av koncernen tidigare eller kanske kommer att få nytta av den i framtiden? Till sist inställer sig den kanske svåraste frågan: Kan vi sätta ett konkret värde på fördelar av olika relationer inom en koncern?

Vi anser att det trots osäkerheten i gällande rätt torde finnas visst utrymme för hänsyn till ett koncernintresse även gentemot dotterbolags borgenärer. Utifrån Byggma Öst fallet uttalanden av Rodhe, Folkesson och i viss mån även Müllern anser vi att den avvägning som görs vid analysen av om vederlagsfrihet föreligger torde få karakteriseras som en något mer liberal skälighetsbedömning inom koncerner än utom dessa. Vi tror inte att sådana förenklingar som Lindskog anför speglar gällande rätt. Han försöker påvisa att vi kan få en rent objektiv matematisk uträkning av varje enskilt koncernbolags exakta fördelar av ett koncernsamarbete.⁹⁰⁰ Varje bedömning av ett koncernintresses styrka är dock beroende av att en helhetssyn anläggs på relationerna inom koncernen och eftersom vi talar om mjuka och svårdefinierbara värden är det en omöjlighet att låta en matematisk måttstock avgöra. *Om det är vår eller Lindskogs bedömning i detta avseende som skall anses som gällande rätt torde få avgöras i rättspraxis.*

21.2.5 Konsekvenser av ett koncernintresse inom ABL

21.2.5.1 Hänsyn till koncernintresset en form av omvänt ansvarsgenombrott

I den föregående analysen har vi sett att hänsynstagande till koncernen som helhet, på ett eller annat sätt, innebär att en form av enhetssyn införs. Det sker en glidning från ett ensamt hänsynstagande till varje bolags intressen mot ett övergripande hänsynstagande till intressena inom koncernen och alla dess bolag.⁹⁰¹ Enhetssynen innebär att det aktieägande moderbolaget i alla fall delvis, i intressehänseende, identifieras med det dotterbolag man äger. Till följd av att bolagen står varandra så nära torde överföringar mellan dessa lyda under en mer nyanserad lovlighetsprövning än annars.⁹⁰² Man skulle här kunna karakterisera saken närmast som ett ”omvänt ansvarsgenombrott”. Motiven bakom större acceptans av transaktioner mellan koncernbolag sammanfaller i viss mån med dem som ligger bakom motsvarande strängare bedömning när vi identifierar ägare och bolag i ansvarsgenombrottsfallet.

Jämför vi med NJA 1947 s. 647 och NJA 1975 s. 45 ser vi att hänsynen till ett koncernintresse motiveras av den atypiska och speciella situationen mellan ägare och bolag. Bolagen har en och samma ägare och de står varandra ofta mycket nära i förvaltnings- och ledningshänseende.⁹⁰³ Av detta förstår vi också å andra sidan att en långtgående integrering av bolagen inom en koncern, vilket ju motiverar hänsyn till ett koncernintresse mellan bolagen, också innebär att stadiet för när ansvarsgenombrott aktualiseras kommer allt närmare. Till slut kan det räcka med att ett otillbörligt förfarande skyntas inom koncernen för att ansvarsgenombrott skall korrigera förhållandena med full kraft. Motiv för hänsynstagande till ett koncernintresse finns alltså ofta vid gränsen för när ansvarsgenombrott kan aktualiseras.

Vad särskilt gäller inomobligatoriska förhållanden har vi i NJA 1982 s. 244 och mål 272/89 i Hovrätten för Västra Sverige sett exempel på att genombrottsteorin ligger nära till hands vid koncerninterna upplägg där organisationen liknar den hos ett aktiebolag med flera avdelningar eller sektioner. Principiellt sett bygger HD:s tillskrivande av ansvar för moderbolaget på precis samma grunder som de kring beaktande av ett koncernintresse. En enhetssyn anläggs på koncernens bolag. Skillnaden är att genomsynen sker till borgenärernas fördel vid ansvarsgenombrott.

21.2.5.2 Minskat borgenärsskydd inom ABL i koncernsammanhang?

Om 12 kap ABL får ett mer inskränkt tillämpningsområde inom koncerner blir en naturlig effekt att överföringar mellan koncernbolag blir svårare att angripa. Återkravsmöjligheten i 12:5 blir naturligtvis mindre. Borgenärernas möjligheter att återropa otillåten vinstutdelning mellan koncernbolag minskar. Samtidigt har borgenärerna enbart tillgångsmassan i det enskilda bolaget att hålla sig till vid en obeståndssituation. Ett ökat hänsynstagande till ett

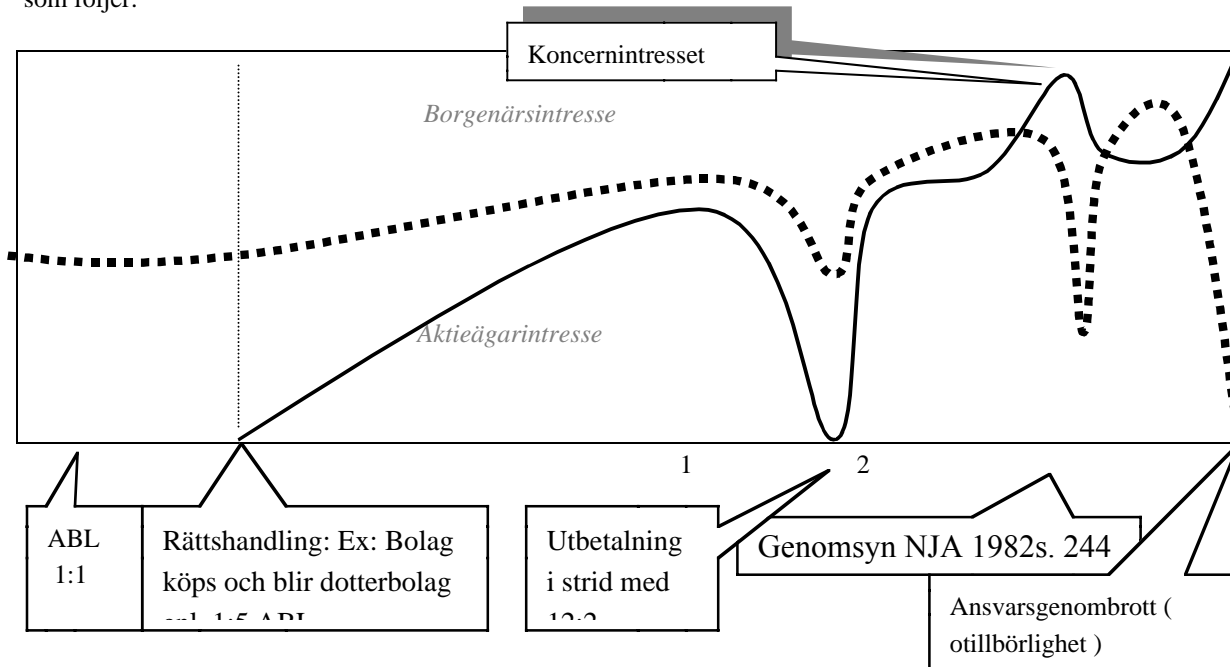
⁹⁰⁰ Se Lindskog JT 92/93 s. 99 not 57 och avsnitt V.7.2.2.3.3 ovan

⁹⁰¹ Som vi fastställt ovan framstår ju hänsynen till koncernintresset som en skälighetsbedömning av olika relationers vikt för bolagen och inte som en analys av det strikt ekonomiska värdet för ett enskilt bolag.

⁹⁰² Effekten blir s.a.s. en motsvarighet till undantaget för koncernlån i 12:7 ABL.

⁹⁰³ Folkesson s. 197y.

koncernintresse bakom transaktioner innebär alltså att aktieägarnas intresse prioriteras före borgenärsintresset i 12 kap ABL.⁹⁰⁴ Det skall emellertid påpekas att ett fullständigt iakttagande av koncernen som en enhet vilket skedde i NJA 1982 s. 244 faktiskt kan medföra att borgenärernas ställning förbättras. M.h.t. 1:1 ABL sker detta emellertid enbart i yttersta undantagsfall. Återknyter vi till skissen där vi sammankopplar 1:1 ABL, 12:1 ABL och ansvarsgenombrott så kommer en skiss där koncernintressets existens intas att (mycket schematiskt) att se ut som följer:



Fältet över den streckade linjen i skissen ovan symboliserar borgenärsintresset i t.ex. 12 kap ABL medan fältet under denna linje symboliserar aktieägarintresset t.ex. i 8 och 9 kap. ABL. Skissen visar på hur balansen mellan aktieägar- och borgenärsintresse vid ett bolags inträde i en koncern allt mer förskjuts till aktieägarnas fördel genom en allt större integration av organisation och beslutsfattande. Ju större integrationen blir desto större relevans torde koncernintresset få för bedömningar av rättshandlingar mellan koncernbolagen. Vid punkt 1 har en transaktion genomförts i koncernen som ej kan motiveras med ett koncernintresse. Vid punkt 2 inträffar en sådan situation som återfinns i NJA 1982 s. 244 d.v.s. moderbolaget och dotterbolaget betraktas som en enhet fullt ut och moderbolaget anses ansvarigt för dotterbolagens avtal. Anledningen till att vi här gjort en topp i Koncernintresset är att detta ju bygger på en syn på koncernen som enhet. Samtidigt ser vi att Aktieägarintresset (symboliserat av en sjunkande streckad linje ovan) får ge vika i denna situation. Vad vi vill visa är alltså att ett iakttagande av koncernintresset inte alltid innebär ett aktieägarintresset iaktas på bekostnad av borgenärsintresset. Detta beror på att beaktande av ett koncernintresse bygger på samma enhets- och genomsynsresonemang som ansvarsgenombrott. Borgenärsskyddet i 12 kap behöver alltså inte enbart försvagas vid ett fullt beaktande av koncernintresset. Detta kommer vi återkomma till vid behandlingen av KL. Längst bort till höger i skissen inträder slutligen punkten för ansvarsgenombrott. Här får borgenärsintresset fullt genomslag gentemot aktieägarna och t.o.m. 1:1 ABL åsidosätts. Även här kan vi emellertid se att linjen för koncernintresset skjuter i höjden beroende på den fullbordade enhetssyn som ansvarsgenombrottet innebär.

⁹⁰⁴ Jfr. Müllerns oro om obalans i intresseavvägningarna. Se Müllern s. 37h y.

21.3 Finns det utrymme för ett koncernintresse i KL?

21.3.1 Inledande diskussion

Vi tänker oss att en gäldenär före konkursen men inom ramen för de materiella återvinningsfristerna knyter exempelvis ett sponsringsavtal med en framgångsrik idrottsman i syfte att nå kommersiella fördelar av idrottsstjärnans goda renommé. Vidare förutsätter vi att transaktionen helt saknar motiv att kringgå de eventuella effekterna av en framtida konkurs.

Den första frågan vi ställer oss i gäldenärens konkurs är om denna transaktion går att återvinna inom ramen för KL? *Det vi vill komma åt med denna fråga är att undersöka om KL beaktar sådana subtila faktorer som kommersiella fördelar i form av t.ex. renomméhöjande transaktioner.* Vad som talar för ett beaktande är att det saknas några illojala motiv bakom rättshandlingen. Det som talar emot detsamma är att en tillgång i form av renommé är ett slags mjukt värde, som ofta torde bli svår att uppskatta. Kan återvinning ej ske av rättshandlingen ovan innebär detta givetvis att man inom ramen för KL beaktar dessa värden.

Den andra frågan blir i så fall om utrymmet för beaktandet av denna typ av svåruppskattade värden är lika stort inom KL som inom ABL? I avsaknad av något stagande i lag, uttalande i förarbeten eller klagörande i praxis är vi hänvisade till de antydningar kring beslättrade frågor som ändå finns i doktrinen.

Ett av problemen här är att, som vi ovan diskuterat i avsnitt V.6.3.2, ingen författare i egentlig mening gjort någon ansats att koppla samman ABL och KL på det sätt som vi försöker göra inom ramen för detta arbete. Detta är i sig förvånande med tanke på att de båda rättsområdena är tänkta att komplettera⁹⁰⁵ varandra, d.v.s. en analys av enbart reglerna i ABL räcker inte för att få svar på om transaktionen står sig vid ett eventuellt obestånd. Lennander påpekar att en sådan fråga som den vi nu diskuterar, d.v.s. huruvida en transaktion är vederlagsfri eller ej, skall bedömas i första hand enligt 12 kap ABL.⁹⁰⁶ Detta skulle kunna tolkas som att hon anser att utrymmet för beaktande av nu nämnda typ av tillgångar inte är mindre i KL än i ABL. Om ABL, som Lennander i första hand hänvisar till, kan acceptera dylik transaktion har detta enbart relevans om motsvarande acceptans finns inom ramen för KL. Om så inte är fallet blir ju bedömningen av rättshandlingen enligt ABL meningslös eftersom det räcker med att transaktionen kan angripas enligt KL för att den skall återvinnas vid eventuellt obestånd. Müllern vill t.o.m. gå så långt som till att säga att ABL och KL i stora drag är vägledande för varandra⁹⁰⁷.

Vad har ovanstående diskussion för relevans för frågan om ett koncernintresses eventuella existens inom ramen för KL? Den ovan behandlade sponsringssituationen bär stora likheter med transaktioner som aktualiserar resonemang kring koncernintresse. För det första rör det sig i båda fallen om värden som dels är mycket svåruppskattade, dels är mycket svåra att realisera om detta ens är möjligt i en konkurssituation. För det andra innebär det, om dessa typer av värden beaktas av gällande rätt, att borgenärskollektivet tvingas acceptera att gäldenärens mer handfasta tillgångar, t.ex. kassan byter karaktär till ett mer riskabelt, om ens balansmässigt uppskattningsbart värde.

21.3.1.1 Betydelsen av ett eventuellt koncernintresse inom ramen för KL

Det torde gå att anlägga ett dubbelt och ett enkelt perspektiv på betydelsen av ett koncernintresse inom ramen för KL.

Om vi de lege ferenda anlägger ett dubbelt perspektiv skulle det kunna innebära att vi vid en koncernbolagskonkurs ser till hela koncernens samlade tillgångs- och skuldmassa. En sådan *enhets*syn på koncernen, enligt i stort sett samma principer som för ansvarsgenombrott inom ABL, skulle innebära att behovet av återvinningsregler vid koncerninterna transaktioner skulle upphöra, borgenärskollektivet skulle ändå ha tillgång till koncernens totala tillgångsmassa.⁹⁰⁸ Den reella effekten om KL på detta sätt skulle byta storhet från

⁹⁰⁵ Se t.ex. HD:s uttalande i NJA 1995 s. 742 s. 766nf där det fastsälls att borgenärsintresset skyddas av KL och därför kan de acceptera en intresseförskjutning inom ramen för ABL till nackdel för borgenärerna. Se även Prop 1975:6 s.131m

⁹⁰⁶ Se Lennander (2) s.310n f

⁹⁰⁷ Se Mats Müllern i TSA 1981 s.35v m.

⁹⁰⁸ Se Lennander (2) s.310n f, Rodhe Balans 1984 nr. 10 s.16v y.

konkursgäldenärens juridiska person till de sammanlagda juridiska personerna i en koncern blir att hänsyn till koncernintresset inte behöver möta några begränsningar inom denna enhet. På detta sätt skulle aktieägar- och borgenärsintresset balansera varandra.

Om vi däremot enbart anlägger ett enkelt perspektiv på koncernintresset, inom ramen för den reglering som gäller idag, i KL, skulle detta innebära att konkursboets återvinningsmöjligheter begränsas av detsamma. Vi skulle i så fall, i större eller mindre utsträckning, beakta en, i realiteten, icke utmättningsbar tillgång, när vi bedömde transaktioner inom koncerner. Innebörden av det sagda blir då att borgenärskollektivet får stå för huvuddelen av risken. Detta perspektiv på koncernintresset innebär jämfört med det dubbla ovan att aktieägarintresset får ett försteg på borgenärsintressets bekostnad.

Efter denna inledande diskussion skall vi nu övergå till att mer konkret undersöka möjligheten att beakta ett koncernintresse inom ramen för KL. Analysen är upplagd och inriktad på att undersöka vilka rekvisit i bestämmelserna i 4 kap som kan härbärgera ett dylikt intresse.

21.3.2 Rättsliga utgångspunkter

21.3.2.1 Systematiska utgångspunkter

Systematiken i det här avsnittet är uppbyggt kring dels tanken att återvinning enligt 4 kap KL förutsätter att alla relevanta rekvisit är täckta, dels de lärdomar vi kan dra av avsnitt V.6 (V.6.3.2) ovan. Vi utgår alltså från grundfrågan: Kan ett koncernintresse ges effekt mot borgenärer i en konkurssituation? Analysen tänker vi disponera enligt följande. Inledningsvis undersöker vi möjligheterna att beakta ett koncernintresse inom ramen för nackdelsrekvisitet. Därefter koncentrerar vi oss på frågan om det finns något utrymme för koncernintresset inom ramen för de objektiva reglernas inledande frister, som gäller för alla återvinningsvarande. Detta följs upp och avslutas med en analys av utrymmet för koncernintresset inom ramen för bevisemat insolvens och insufficiens. Dessa rekvisit återfinns i de efterföljande fristerna för närstående och i den subjektiva återvinningsregeln 4:5 KL.

21.3.2.2 Nackdelsrekvisitet

Alla återvinningsreglerna i 4 kap KL förutsätter, som vi sett i avsnitt V.6.3.4.2, förutom vad som direkt anges i respektive paragraf att transaktionen är till nackdel för någon i borgenärskollektivet. Där pekar vi även på att värdeökningsteorin medför att en överföring från moderbolaget till ett solvent och sufficient dotterbolag inte är till nackdel för alla moderbolagets borgenärer. Vi behandlar också det faktum att alla övriga koncerninterna rättshandlingar, som innebär värdeöverföring, måste kunna motiveras av resonemang kring ett koncernintresse. Vidare tar vi där upp att KL skyddar tillgångarnas marknadsvärde enligt NJA 1995 s. 742, d.v.s. KL accepterar inte transaktioner till bokfört värde, som ABL gör. Här sker alltså en retroaktiv omvärdering av en transaktions tillåtlighet i ljuset av regelverket i KL.

*En befogad fråga är om en liknande omvärdering görs av mjuka tillgångar inom ramen för KL. Det kan röra sig om kommersiella fördelar vid t.ex. ett sponsringsavtal eller transaktioner som aktualiserar resonemang kring ett koncernintresse. Sker en omvärdering kommer ju beaktande av ett koncernintresse, som vederlag i 12 kap ABL, få korrigeras vid prövning av om återvinning kan ske. Vad som står klart är att nackdelsbedömningen skall göras efter hur förhållandena var när rättshandlingen vidtogs.⁹⁰⁹ Transaktionen skall ha inneburit en nackdel redan vid detta tillfälle. Analysen görs rent fiktivt och en senare förändring påverkar inte slutsatsen. Man får här tänka sig en utdelning i konkurs påbörjad och avslutad vid tidpunkten direkt efter transaktionen.⁹¹⁰ Det nu sagda modifieras till viss del genom att den allmänna otillbörlighetsregeln i 4:5 accepterar *indirekt skada*.⁹¹¹ Detta innebär inte i sig en omvärdering*

⁹⁰⁹ Se Prop 1975:6 s.100, jfr. 142. SOU 1983:60 s.35m, 100.

⁹¹⁰ Se Lennander (2) s.90ö,91ö, 93x

⁹¹¹ Se Lennander (2) s.86ö, 126y

av transaktionen utan enbart att man även beaktar efterföljande händelseutveckling.⁹¹² *Ett försiktigt svar på ovan ställda fråga skulle mot bakgrund av det nu sagda kunna bli att det inte görs någon omvärdering av transaktionerna inom ramen för KL. Nackdelsbedömningen skall göras utifrån hur förhållandena varit vid tidpunkten för transaktionen och inte i ljuset av efterföljande konkurs. Effekten av det nu sagda blir att, om ABL 12:2 kan acceptera en gråzon inom vilken ett koncernintresse kan beaktas, så torde nackdelsrekvisitet inte ställa upp ytterligare hinder för att beakta koncernintresset i KL.*⁹¹³

Det räcker som vi ovan påpekat med att endast ett av alla rekvisit inte uppfylls för att återvinning skall omöjliggöras. Om en rättshandling inte innebär nackdel går den inte att återvinna även om övriga rekvisit uppfylls. För att komma vidare i vår analys av KL förutsätter vi nu att transaktionen åtminstone delvis innebär nackdel, oberoende av om ett eventuellt koncernintresse beaktas eller ej. Nästa fråga blir att undersöka huruvida rekvisiten hos de inledande fristerna i de objektiva återvinningsreglerna (4:6-13) kan härbärgera ett dylikt intresse.

⁹¹² Se Lennander (2) s.142ö, 144ö. Det skall finnas ett adekvat orsakssamband mellan rättshandlingen och nackdelen. Om gäldenären exempelvis givit en gåva och senare blivit insolvent p.g.a. ett oväntat skadeståndsanspråk så finns det orsakssamband mellan rättshandlingen och insolvensen, men sambandet är inte adekvat och därför ej återvinningsbart enligt 4:5 KL.

⁹¹³ Jfr. avsnitt V.7.3.1.

21.3.2.3 Utrymmet i de objektiva återvinningsreglerna (4:6-13) och deras inledande frister

21.3.2.3.1 Inledning

De objektiva återvinningsreglerna 4:6-13 KL kännetecknas av dels att de inte ställer krav på subjektiv täckning hos återvinningsssvarande likt 4:5, dels att vi kan nöja oss med att kategorisera transaktionen så som typ varför samma helhetsbedömning inte sker.⁹¹⁴ Vi begränsar oss i detta avsnitt till att analysera vad som gäller inom de inledande fristerna i KL 4:6-13.

21.3.2.3.2 4:6 KL

I KL 4:6 är det som ovan påpekats tillräckligt att kategorisera transaktionen som typ.⁹¹⁵ Det är alltså tillräckligt att rättshandlingen enligt allmänna civilrättsliga regler kan inrymmas under begreppet gåva⁹¹⁶ varför det alltså skall vara fråga om en frivillig förmögenhetsöverföring med gåvoavsikt. Om koncernintresset kan beaktas som vederlag vid vinstutdelning inom ramen för ABL torde det inte finnas något hinder för att det även beaktas inom ramen för KL.⁹¹⁷ Bedömningarna inom respektive rättsområde torde i detta avseendet vara vägledande för varandra.⁹¹⁸

Kravet på gåvoavsikt bör, som vi sett i avsnitt V.6.3.4.4 (KL 4:6), inte uppfattas som ett rent subjektivt rekvisit eftersom bedömningen skall göras efter mer objektiva grunder. Detta innebär att det avgörande blir om rättshandlingen sett utifrån framstår som gjord med dylik avsikt.⁹¹⁹ Det är viktigt att komma ihåg att det aldrig kan bli fråga om en rent objektiv bedömning eftersom man då inte kan särskilja en benefik transaktion från en dålig affär. De subjektiva aspekterna måste därför troligen också invägas. Rodhe poängterar att vid transaktioner från dotterbolag till moderbolag saknas ofta helt inslag av frivillig gåvoavsikt. Här är det snarare frågan om ”...blind lydnad...”⁹²⁰ från dotterbolagets sida. I vår analys av förhållandet mellan moder- och dotterbolag i avsnitt (Inrättande av en koncernledning) ovan finns som redan nämnts en del som talar för Rodhes åsikt, även om vi tycker hans formulering är lite väl onyanserad och kategorisk. Det kan nämligen aldrig bli frågan om någon blind lydnad eftersom dotterbolagsledningen alltid har en självständig skyldighet att pröva alla typer av anvisningar och direktiv från moderbolaget. I övrigt vad gäller behandling av dessa frågor hänvisar vi till avsnitt (Inrättande av en koncernledning) ovan. Det är viktigt i detta sammanhang att komma ihåg att även om frivillig gåvoavsikt anses saknas är det eventuellt möjligt att återvinna transaktionen med hjälp av KL 4:5.

Frågan blir alltså hur stort utrymme 4:6 KL har vid koncerninterna transaktion . Först skall vi ju beakta ett eventuellt koncernintresse vid bedömning av om rättshandlingen uppfyller nackdelsrekvisitet. Därefter måste vi iaktta koncernintresset när vi ser på huruvida denna är benefik. Både Rodhe och Folkesson anser som ovan nämnts att det inte bör ställas krav på att det presterande koncernbolaget erhåller något direkt och konkret vederlag vid bedömningen om transaktionen är vederlagsfri enligt ABL.⁹²¹ Detta stödjer uppfattningen att vi skall beakta sådana mjuka värden som ett koncernintresse när vi bedömer koncerninterna transaktioner

⁹¹⁴ Se Lennander (2) s.152n f

⁹¹⁵ Se Lennander (2) s.152n f

⁹¹⁶ Se Lennander (2) s.177m f. Jfr. även Bertil Bengtsson i SvJT 1962 s.689 ff. angående gåvobegreppet.

⁹¹⁷ Se även resonemanget i avsnitt V.7.3.2.2

⁹¹⁸ Se Mats Müllern i TSA 1981 s.35v m.

⁹¹⁹ Se Lennander (2) s.177m, s177 not 15 för ytterligare hänvisningar.

⁹²⁰ Se Rodhe Balans 1981 nr.1 s.5m, Jfr. även Walin (2) s.328 not 20 och avsnitt V.7.2.2.4.2.

⁹²¹ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s.122nf, Folkesson s. 188n. Se även avsnitt V.7.2.2.3.3.

enligt ABL och KL.⁹²² Nackdelsrekvisitet i KL förefaller enligt vår bedömning inte vara restriktivare än ABL i detta avseendet.

21.3.2.3.3 4:8 KL

Oskäligt höga konsultarvoden till dotterbolag är ett av de exempel som förarbetena ger på återvinningsbar transaktion enligt detta stadgande.⁹²³ En dylik transaktion kan, likt andra typer av koncerninterna rättshandlingar av samma slag, mycket väl tänkas ingå i ett upplägg att organisera tillgångar och skulder utifrån vad som är bäst för koncernen och inte det enskilda bolaget. Skäligheten får avgöras med utgångspunkt från situationen vid dess intjänande. Det blir frågan om en helhetsbedömning där man beaktar såväl arbetsinsatsen som verksamhetens lönsamhet o.s.v..⁹²⁴ Vi har svårt att svara på om koncernintresset har någon plats eller kan ges något utrymme inom ramen för denna skälighetsbedömning. Detta beror på dels att skälighetsbedömningar per definition är ett sätt för lagstiftaren att delegera gränsdragnings problematiken till rättspraxis, dels att någon egentlig vägledning i bedömningen saknas.

21.3.2.4 Kan ett koncernintresse beaktas inom fristerna för närstående

21.3.2.4.1 Insolvenskriteriet

Rekvisitet insolvens återfinns i en del paragrafer i 4 kap KL. I 4:10, 12 och 13 rör det sig om en möjlighet för svarande att värja sig mot återvinning under den längre fristen för närstående genom att visa att konkursgäldenären varken var eller av transaktionen blev insolvent. I 4:5 däremot ingår rekvisitet som en del i det grundläggande stagandet, vilket är skälet till att vi behandlar 4:5 här istället för i avsnitt V.7.3.2.3 ovan.⁹²⁵

Bevistemat⁹²⁶ vid 4:5, 10, 12-13 KL rör alltså frågan om konkursgäldenären varit eller blivit insolvent genom transaktionen. Med insolvens avses att gäldenären inte kan betala sin skulder allt eftersom de förfaller till betalning.⁹²⁷ I denna bedömning bör det finnas stora möjligheter att beakta koncernintresset. Detta beror på att insolvensbedömningen har karaktär av en *prognos*⁹²⁸, där vi bl.a. har att beakta gäldenärens förvärvsförmåga och framtida möjligheter att få krediter. Avgörande är alltså gäldenärens förmåga att reda ut eventuella ekonomiska svårigheter.⁹²⁹ Dessa aspekter torde utgöra viktiga beståndsdelar av huruvida ett koncernintresse kan motivera ett gynnade av ett annat bolag inom koncernen. Ett sådant kan ju leda till kommersiella fördelar även för det givande bolaget på sikt. Ett blomstrande bolag förutsätter ofta en frisk koncern.

Trots att företrädare i doktrinen inte förfaller noterat det finns det *mycket som talar för att koncernintresset redan idag beaktas när man skall avgöra konkursgäldenärens insolvens. Ett koncernbolag måste troligen oftare anses ha större möjligheter till framtida krediter och övrig finansiering än ett fristående bolag.* Detta beror på att det inom ramen för en koncern ofta ryms en större tillgångsmassa eftersom det är många gånger fråga om *en stark ägare*. Dessutom är koncernens renommé inte starkare än dess svagaste länk vilket i sig kan motivera räddningsaktioner inom koncernen. *Att positiva intressen av att ingå i en koncern kan invägas inom föreliggande lagrum verkar därför vara en realitet.*

21.3.2.4.2 Insufficienskriteriet

⁹²² Se Mats Müllern i TSA 1981 s.35v m. Han hävdar i detta sammanhang att lagarna är vägledande för varandra.

⁹²³ Se Prop. 1975:6 s.217m.

⁹²⁴ Se Lennander (2) s.187y

⁹²⁵ Vad gäller sist nämnda paragraf så är den säregen på flera sätt som vi ovan påpekat, dels inkluderar den indirekt nackdel (Se avsnitt V.6.3.4.3) ovan, dels måste transaktionen anses otillbörlig (Se avsnitt V.7.3.2.2), dels ställer den krav på subjektiv täckning av de objektiva rekvisiten och dessutom är bevisbördan omvänd för närstående enligt 4:5 2 st.

⁹²⁶ Begreppet bevistema står för vad som skall bevisas enligt Ekelöf IV s. 13 f

⁹²⁷ Se Prop 1986/87:90 s.132ö, SOU 1983:60 s.35n f, Lennander (2) s. 123m f

⁹²⁸ Se Lennander (2) s.123y f

⁹²⁹ Se Lennander (2) s.123y f, 143ö

Insufficienskriteriet återfinns i KL 4:6-9. Här rör det sig om en möjlighet för svarande att värja sig mot återvinning av en transaktion under den längre fristen som gäller för närstående genom att visa att konkursgäldenären efter rättshandlingen hade kvar utmätningsbara tillgångar som uppenbart motsvarade gäldenärens skulder.⁹³⁰

Till skillnad från insolvenskriteriet bör man inte kunna beakta ett koncernintresse inom ramen för insufficienskriteriet, eftersom ett sådant i praktiken inte torde vara ett värde som går att utmäta för gäldenärens skulder. Detta har sin grund i *att bolagen inom koncernen är enskilda och fristående juridiska personer som i frånvaro av särskilda åtaganden från andra koncernbolag svarar för sina egna skulder. Koncernintresset i sin tur bygger på den ekonomiska styrkan och de kommersiella fördelarna av flera juridiska personer som samverkar*. Av denna anledning kan inte konkursgäldenärens borgenärer komma åt de tillgångar som delvis motiverar ett koncernintresse eftersom dessa tillgångar återfinns hos de andra koncernbolagen. Detta gäller trots att sådana tillgångar möjligen har tillåtits påverka bedömningen av konkursgäldenärens finansiella styrka innan denne försattes i konkurs. Det är nämligen inte en allt för vågad gissning att borgenärerna ofta beaktat det faktum att ett bolag tillhör en frisk och stark koncern i sina riskanalyser på tidigare stadium av koncernens verksamhet.

21.3.2.5 4:18 KL

Om egendom som är föremål för återvinningstalan har överlåtits vidare till annan, öppnar 4:18 KL en möjlighet till godtrosvörvärv.⁹³¹ Vad gäller koncerninterna transaktioner torde utrymmet för dylikt godtrosvörvärv vara avsevärt mindre än vid transaktioner utanför denna krets. Ett koncernbolag bör i de flesta fallen ha svårt att hävda god tro om förhållandena i övriga koncernbolag.⁹³² För moderbolagets del är sådan god tro i princip utesluten bl.a. eftersom moderbolaget ju har att upprätta koncernredovisning för koncernen och i övrigt ofta har representanter i dotterbolagens styrelser. Denna ståndpunkt stöds också av vår analys av förhållandet mellan moder- och dotterbolag i avsnitt III.4 ovan. Insyn i övriga koncernbolags ekonomi kan i detta sammanhang dels ses som ett resultat av brukandet av identiska ställföreträdare inom koncerner, dels som ett moment i de olika strategierna (som behandlat i avsnitt III.4.5) ovan som syftar till att utmynna i en slags koncernlojalitet hos ställföreträdare i koncernbolagen. När det gäller förhållanden dotterbolag emellan torde emellertid ett visst utrymme för god tro kunna finnas. Mellan dessa föreligger inte lika självklart samma grad av insyn, men detta är ju något som varierar och som får avgöras från fall till fall med hänsyn till hur koncernen är organiserad i det enskilda fallet.

21.3.3 Sammanfattning av problematiken

Det bakomliggande *syftet med KL är som vi ovan nämnt att återupprätta en balans mellan i det här fallet gäldenärs- och borgenärsintresset* vid en eventuell konkurssituation.⁹³³ Om ABL innehåller en gråzon⁹³⁴ inom vilken ett koncernintresse tillåts modifiera 12:2 ABL har vi inte funnit något avgörande hinder mot att ett dylikt intresse till motsvarande grad kan accepteras inom en liknande gråzon hos bedömningen i KL av nackdelsrekvisitet.⁹³⁵

Analysen av KL 4:6 pekar på att stadgandet torde bli svår att tillämpa på transaktioner som aktualiserar resonemang kring ett koncernintresse. Detta beror främst, som vi beskrivit ovan, på två skäl. För det första innehåller troligen bedömningen av om en transaktion innebär värdefrånhändande, likt nackdelsbedömningen, ovan moment där man kan beakta ett koncernintresse.⁹³⁶ För det andra kan det vara svårt att tala om en frivillig

⁹³⁰ Se Lennander (2) s.123m ff

⁹³¹ Se Lennander (2) s.378y

⁹³² Jfr. avsnitt V.5.1.3 ang. återbäringsanspråk i 12:5 ABL. Jfr. även avsnitt V.6.3.2.

⁹³³ Se avsnitt I.1, V.6.2. Jfr även avsnitt II.2.2.

⁹³⁴ Se t.ex. Rodhes (Aktiebolagsrätt s.122n f) resonemang kring att det inte måste ställas krav på något direkt vederlag för att t.ex. en pant eller borgen skall anses som affärsmässigt betingad. Utan det räcker med att det rättshandlande bolaget har en rimlig chans att räkna med affärsmässiga fördelar på längre sikt av transaktionen. Se även Folkesson s. 188n.

⁹³⁵ Se avsnitt V.6.3.4.2, V.7.3.2.2.

⁹³⁶ Se avsnitt V.6.3.4.2, V.7.3.2.2 ang. nackdelsrekvisitet och avsnitt V.6.3.4.4, V.7.3.2.3.2 ang. 4:6 KL.

gåvoavsikt i någon egentlig mening. Att sedan inte den längre närståendefristens insufficienskriterium⁹³⁷ bör kunna härbärgera ett koncernintresse ökar inte tillämpligheten i 4:6 eftersom det räcker att ett rekvisit faller för att återvinning inte skall vara möjlig. Men även om KL 4:6 inte torde kunna ges så stort utrymme vid koncerninterna transaktioner, skall dock påpekas, att det alltid återstår en prövning enligt 4:5 KL.

I vår undersökning av KL 4:5 och vid de längre närstående fristerna i 4:10, 12-13 har vi funnit två aspekter som här förtjänar en kort rekapitulering.⁹³⁸

4:5 innehåller delar som antyder att stadgandet ser *strängare* på koncerninterna transaktioner jämfört med andra rättshandlingar. Med detta avser vi, enligt de resonemang förts ovan i avsnitt V.6.3.4 att det i *otillbörlighets bedömningen* anläggs ett helhetsperspektiv inom vilket vi kan beakta sådant som t.ex. att koncernbolag ofta har en bättre inblick i varandras ekonomiska ställning. Därför kan ett koncernbolag vid interna transaktioner på ett tidigare stadium än övriga borgenärer se om sina intressen, vilket talar för att sådana rättshandlingar lättare kan rubriceras som otillbörliga. Men för att transaktionen skall gå att återvinna krävs att övriga rekvisit är uppfyllda.

Å andra sidan skall hänsyn även tas till *insolvensbedömningen* som återfinns i 4:5 liksom de längre närståendefristerna i KL 4:10, 12-13.⁹³⁹ Här görs en prognos där vi får beakta gäldenärens framtida förvärvsförmåga och dennes möjligheter att få krediter.⁹⁴⁰ Här kan vi skymta ett reellt hänsynstagande till den speciella situationen inom koncerner. En koncernorganisation erbjuder i flertalet fall större möjligheter till omstruktureringar och stödåtgärder än inom och mellan ett fristående bolag.⁹⁴¹ Dessutom bör det inom en koncern i många fall vara mer motiverat att företa dylika aktioner bl.a. eftersom dess kreditmässiga renommé inte är starkare än dess svagaste länk och låter en koncern ett koncernbolag gå i konkurs kan det ofta medföra att koncernens totala kreditkostnader skjuter i höjden. Detta leder sammantaget till att vi oftare kan rubricera en koncern såsom en stark ägare vilket många gånger är ett avgörande moment när vi skall bedöma en gäldenärs solvens d.v.s. dennes möjligheter att reda upp sina ekonomiska problem. Mot bakgrund av det nu sagda tycker vi oss ha stöd för att vi faktiskt redan idag beaktar ett koncernintresse vid insolvensbedömningen. Krisen hos ett koncernbolag kan ofta tillåtas gå längre innan det anses vara insolvent jämfört med bedömningen av ett helt fristående bolag.

Den reella effekten av vårt resonemang ovan blir att utrymmet för återvinning synes mer begränsat för koncernbolag i konkurs än för andra. Detta eftersom tillämpning av återvinningsreglerna förutsätter att alla rekvisit uppfylls. Utrymme synes ju finnas för hänsynstagande till ett koncernintresse inom insolvenskriteriet. Detta kriterium ingår sedan i närståendefristerna inom KL 4:5 och 4:10, 12-13. Om det nu sagda gäller innebär detta att borgenärerna får stå för huvuddelen av risken om ett koncernintresse inte infrias. KL utgår ju endast från konkursgäldenärens tillgångar och skulder vilket innebär att ett eventuellt koncernintresse inte kan utmätas utan särskilda åtagande från andra koncernbolag.

⁹³⁷ Denna slutsats om insufficienskriteriet som vi påpekat ovan i avsnitt V.7.3.2.4.2 gäller generellt för 4:6-9 KL

⁹³⁸ Se avsnitt V.6.3.4.3 ang. 4:5 KL, avsnitt V.6.3.4.2 ang. nackdelsrekvisitet och avsnitt V.7.3.2.4.1 ang. insolvenskriteriet.

⁹³⁹ Se avsnitt V.7.2.4.1.

⁹⁴⁰ Se Prop 1986/87:90 s.132ö, SOU 1983:60 s.35n f, Lennander (2) s.123y f, 143ö, Se avsnitt V.7.3.2.4.1.

⁹⁴¹ Se avsnitt V.7.1, V.7.2.1.

VI SLUTSATSER

22 Integreringsprocessen och de övergripande problemen

I avsnitt II:3 ovan har vi sett att det finns en mängd motiv till varför en verksamhet organiseras som en koncern istället för som ett enskilt aktiebolag. Bland dessa kan nämnas strävande efter samordnings- och rationaliseringsvinster, kontroll över produktionsprocessen, riskspridning, infogande av för viss verksamhet närliggande produktion. För att kunna genomföra dessa strävanden på ett rimligt sätt eftersträvar moderbolaget kontroll över de bolag som ägs. Som vi sett i avsnitt III.4 medför detta ofta att nya ledningsorgan, så som koncernchef och koncernledning, inrättas som forum för övergripande koncernfrågor.

Genom koncernbildningen sker dessutom en momentan förändring i ekonomiskt hänseende. Bildas koncernen genom att tillgångar i ett bolag "förs ner" i ett nybildat dotterbolag kommer ett utbyte att ske av de aktuella materiella tillgångarna i moderbolaget till en post dotterbolagsaktier. Bildas koncernen istället genom uppköp av ett tidigare fristående aktiebolag kommer även här hos moderbolaget, ett mot köpet motsvarande värde, omvandlas till en post dotterbolagsaktier. För att uppnå rationaliseringsvinster mellan verksamheterna i koncernbolagen upprättas dessutom normalt olika typer av ekonomisk samverkan t.ex. genom koncerninterna transaktioner och omstruktureringar.⁹⁴²

Vi ser alltså en integrering av aktiebolagen i koncernen på två plan:

1. Integrering i organisatoriskt hänseende⁹⁴³;
2. Integrering i ekonomiskt hänseende.⁹⁴⁴

Dessa effekter är givetvis ofrånkomliga realiteter av att ett aktiebolag kan äga ett annat. Det är väl naturligt att en ägare önskar förfoga över och bedriva ekonomiskt utbyte med det bolag som ägs. Som vi sett i det föregående är emellertid de aktiebolagsrättsliga, sakrättsliga och konkursrättsliga effekterna av dessa integrationssträvanden inte helt enkla att överblicka och fastställa. Det må hävdas att detta inte har någon egentlig betydelse i den dagliga verksamheten. I denna verksamhet ligger emellertid alltid en risk för framtida obestånd och konkurs och när en krissituation inträder blir det av akut vikt hur integreringsprocessen mellan koncernbolagen bedrivits och hur denna bedöms. Som vi sett är konkursboets enda instrument, i princip, de sakrättsliga reglerna, återkravmöjligheten i 12:5 ABL och återvinningsreglerna i KL 4 kap. Vi har i analyserna av respektive område, tidigare i uppsatsen, sett att det uppkommer många frågor just kring integreringens effekter på bedömningen enligt dessa regler. Vi har främst begränsat oss till att analysera följande tre frågor:

- Vilken betydelse har moderbolagets kontrollerande ställning i koncernen vid den sakrättsliga bedömningen av rådighetsavskärande vid koncerninterna transaktioner?
- Vilken betydelse har den ekonomiska integrationen för bedömningar av vederlagsfria transaktioner i 12:2 ABL och återkravmöjligheten i 12:5? Finns det skäl att ta särskild hänsyn till någon form av koncernintresse i denna bedömning?
- Vilket genomslag har ett eventuellt koncernintresse inom ramen för återvinningsreglerna i 4 kap KL.

Vi har härvid kommit fram till att det i och med koncernsituationen finns betydande skäl att tala om obalanser både inom respektive regelkomplex och mellan dessa. Dessa skall vi nu kortfattat rekapitulera.

23 Vikten av att obalanserna identifieras

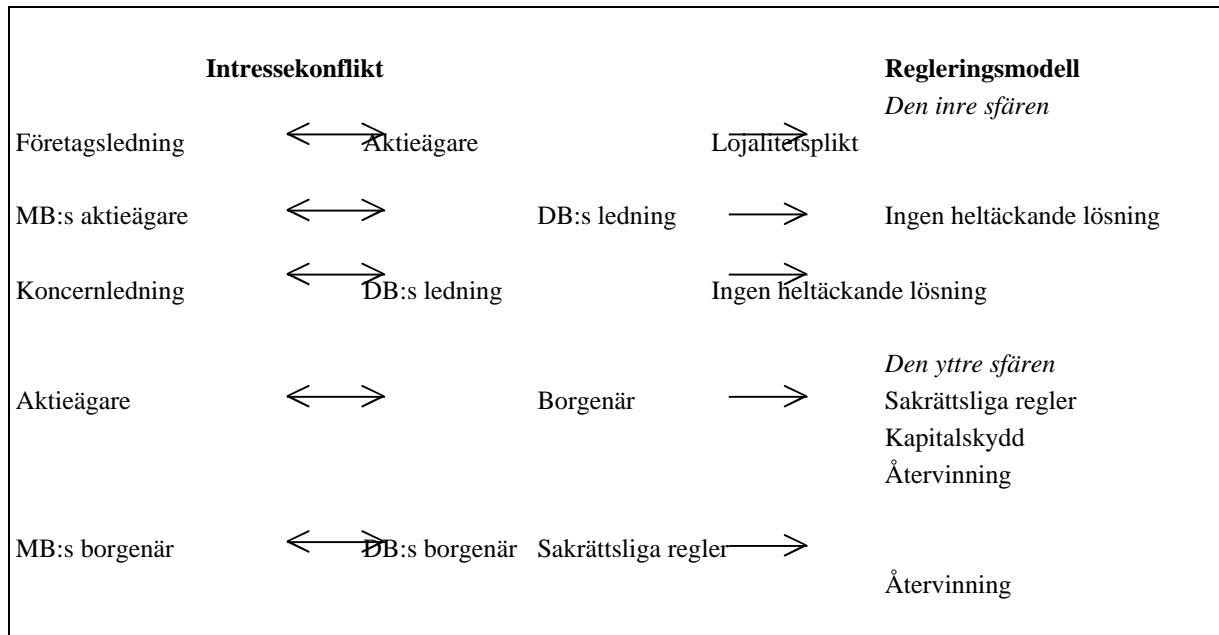
23.1 Regleringen och intressekonflikterna i koncernen

Redan i avsnitt III.1.2, III.4.2.1 och V.2 har vi sett att såväl ABL, KL som de sakrättsliga reglerna fungerar inom ramen för olika konflikter mellan aktiebolagens intressenter. En sammanställning av de skisser över intressekonflikterna i koncernen vi tidigare analyserat får därmed följande schematiska utseende:

⁹⁴² Se avdelning IV.

⁹⁴³ Se avdelning III.

⁹⁴⁴ Se avdelning IV, V.



Vad gäller de tre första intressekonflikterna, som båda uppstår inom koncernens inre sfär, regleras dessa inom ramen för ABL. Regleringen av kontroll och ansvar, d.v.s. främst 8, 9 kap. och i viss mån i 15 kap. blir här av intresse (avdelning III).

Den första konflikten inom den yttre sfären, d.v.s. mellan aktieägares och borgenärs intressen, regleras främst genom kapitalskyddet i 12 kap. ABL (avsnitt V.3.2.1, V.5.1, V.7.2) men här inträder även de sakrättsliga reglerna och 4 kap. KL (avsnitt V.4.2.1, V.6.3.2, V.7.3).

Den sista konflikten, d.v.s. den mellan koncernbolagens olika borgenärer, regleras dels inom ramen för sakrätten, dels genom återvinningsreglerna i 4 kap. KL (avsnitt V.4.4, V.6, V.7.3).

Vi har i analyserna ovan pekat på hur det uppstår flera obalanser i dessa intressekonflikter, p.g.a. integreringsprocessen inom koncernen. Vi skall nu kortfattat försöka sammanfatta dessa obalanser.

23.2 Obalansen och ABL

23.2.1 Obalansen i organisatoriskt hänseende (i den inre sfären)

I avsnitt III.3.1.2 har vi konstaterat att 8 och 9 kap. ABL är uppställda i första hand för att iaktta aktieägarnas intresse i förhållande till ledningsorganen i aktiebolaget. Dessa bestämmelser avser alltså att reglera det vi kallat principal agent-problemet.⁹⁴⁵ De organisatoriska reglerna kan därmed också fritt åsidosättas förutsatt att ingen aktieägare klandrar ett sådant förfarande (SAS-principen).⁹⁴⁶ I 8:20 och 8:28 har det dessutom införts uttryckliga regler som sanktionerar moderbolagets möjligheter att sammanföra koncernbolagen till en organisatorisk enhet genom upprättande av identiskt ställföreträderskap. Jävsregler skall inte förhindra detta.⁹⁴⁷ För ett sådant enhetstänkande krävs alltså inte ens att samtliga aktieägare godtar förfarandet. Detta förhållande medför att ett moderbolag i princip kan organisera kontrollen över dotterbolagen helt utan att iaktta ABL:s funktionsuppdelning mellan ledningsorganen inom koncernen. Istället för att, så som förutsätts i ABL, moderbolaget utövar sitt ägarinflytande uteslutande genom dotterbolagens bolagsstämmor används en mängd strategier för att söka åstadkomma koncernlojalitet "fullt ut", i dotterbolagens ledningsorgan.⁹⁴⁸ Vid dessa förhållanden finns det alltså inga hinder för ett moderbolag att över helägda dotterbolag utöva ett betydligt större

⁹⁴⁵ Se avsnitt III.2.

⁹⁴⁶ Se avsnitt III.3.1.2.

⁹⁴⁷ Se avsnitt III.4.5.2.2.4.

⁹⁴⁸ Se avsnitt III.4.5.2.

inflytande än vad 8 och 9 kap. ABL och dess grunder medger. Då vi talar om helägda koncerner möjliggör därmed reglernas karaktär för moderbolaget att i det närmaste helt infoga och integrera sina dotterbolag på önskvärdt sett. Koncernen blir därmed en enhet inåt sett, d.v.s. inom den inre sfären. Vi får vad som närmast får betraktas som en särskild närstående situation.⁹⁴⁹

23.2.2 Obalansen i ekonomiskt hänseende (i den yttre sfären)

I vår analys ovan av regleringen i ABL har vi sett att aktieägare p.g.a. huvudregeln i 1:1 ABL inte ansvarar för aktiebolagets skulder.⁹⁵⁰ Som motvikt till denna frihet från personligt ansvar vet vi att bl.a. 12 kap ABL stadgar en slags ”aktiebolagsrättslig säkerhetsrätt” för borgenärerna i form av en bindning av aktiebolagets tillgångar genom vinstutdelningsregler.⁹⁵¹ Tanken är att skapa en balans mellan aktieägar- och borgenärsintresse.⁹⁵² Denna balans kan möjligen i rimlig omfattning upprätthållas vid enkel bolagsbildning. Problem uppkommer dock som vi sett inom koncernbildningar. Vi kan här faktiskt skymta en obalans redan i det faktum att ett bolag tillåts äga ett annat. *Bakom intressebalansen i ABL ligger nämligen den grundläggande förutsättningen att aktieägarna skall sträva efter att uppnå vinst i just den tillgångsmassa som borgenärerna har att hålla sig till, d.v.s. i normalfallet det enskilda aktiebolaget. När ett bolag är aktieägare i ett annat bolag finns emellertid förutsättningar för moderbolaget att genom sin maktställning välja vilket bolags tillgångsmassa som skall prioriteras i vinsthänseende. Samtidigt kvarstår för borgenärernas del den begränsningen att de enbart har varje enskilt bolag för sina anspråk. Problemet är att en skarp gräns finns i ansvarshänseende mellan koncernbolagen samtidigt som alla gränser i maktstående i princip raderas ut.* Som vi påpekat ovan blir moderbolaget därmed den enda intressenten som har hela koncernens tillgångsmassa att tillgå.

Obalansen ovan har vi generellt sökt spegla i avsnitt V.5.2.4, V.7.2.5. Vi kunde här fastställa att redan det förhållande att koncernbildning sker medför ökat erkännande av ett ekonomiskt samarbete genom överföringar till bokförda värden och användande av värdeökningsteorin för moderbolaget. Aktieägarna får därmed möjlighet att i ekonomiskt hänseende upprätta en integrerad inre sfär inom koncernen där borgenärernas intresse i viss mån åsidosätts.

*I analysen ovan har vi konstaterat att vi de facto kommer att medge vissa särskilda hänsyn till aktiebolags intressen av att ingå i en koncern.*⁹⁵³ Vi kan här inleda med det fallet att moderbolag för över tillgångar till dotterbolag. *Vid bedömningen av huruvida en transaktion i detta fall är vederlagsfri tar de särskilda intressena i koncernen sig uttryck i just den nämnda värdeökningsteorin.* Teorin har växt fram i doktrinen och anses motiverad eftersom moderbolagets aktier i dotterbolaget ökar i samma utsträckning som tillgångar förs till dotterbolaget.⁹⁵⁴ Som vi sett bör emellertid ifrågasättas om inte moderbolagets borgenärer ändå missgynnas i så måtto att en aktievärdeökning synes mer osäker än värdet i en reell tillgång.⁹⁵⁵ Vidare måste vi beakta att tillgångar faktiskt överförs från moderbolaget men med den modifiering att moderbolaget möjligen behåller kontrollen över dessa genom sin maktställning i dotterbolaget. *Mot ett moderbolags missbruk av denna ställning har ett moderbolags borgenärer emellertid svårt att skydda sig.*⁹⁵⁶ Dotterbolaget kan ju utan krav på koncernhänsyn trots att moderbolaget är insolvent föra ut tillgångar ur koncernen så länge detta inte bryter mot 12 kap. ABL i just dotterbolaget. På detta vis skulle faktiskt moderbolagets tillgångar kunna helt föras ner i dotterbolagen och vidare ut ur koncernen. Doktrinen synes alltså latent godta att koncernintresset och enhetssynen i denna del får ges visst försteg framför borgenärsintresset i och med att värdeökningsteorin godtas.

Ser vi sedan på dotterbolagets rättshandlingar med moderbolaget eller med annat dotterbolag synes doktrinen även här ta hänsyn till ett koncernintresse vid bedömning av vederlagsfrihet. Hänsynstagande i detta avseende

⁹⁴⁹ Se avsnitt V.7.2.1.2

⁹⁵⁰ Se avsnitt II.2.2

⁹⁵¹ Se avsnitt V.3.1

⁹⁵² Se avsnitt I.1 och II.2.2

⁹⁵³ Se avsnitt V.7.2.1 ang. aktieägarskyddsregler, V.7.2.2 ang. 12 kap, V.7.2.3.ang. andra rättsliga utgångspunkter.

⁹⁵⁴ Se avsnitt V.3.2.2.1.4.

⁹⁵⁵ Se avsnitt V.7.2.2.2, V.7.2.4.1.

⁹⁵⁶ 12 kap ABL skyddar ju inte moderbolagets borgenärer mot moderbolagets ageranden i dotterbolaget (så som ägare). Jfr. även V.6.4.

bekräftas som vi sett även i viss mån av Byggma Öst målet.⁹⁵⁷ Hänsyn tas till svåruppskattade mjuka värden i form av affärsfördelar, koncernsituationen i dess helhet, bättre möjligheter att få kredit för dotterbolagen etc. Bedömningen av koncernintresset liknar därmed en särskild form av skälighetsbedömning.⁹⁵⁸

Vad innebär då dessa resonemang för balansen mellan aktieägare och borgenärer inom ramen för ABL? *Effekten blir att rättshandlingar inom koncerner underkastas en mer liberal lovlighetsprövning enligt 12 kap. ABL än annars.*⁹⁵⁹ Detta innebär naturligtvis att möjligheterna att återkräva egendom enligt 12:5 ABL inskränks i motsvarande utsträckning. Vi tillmäter sålunda aktieägarintresset ytterligare större hänsyn på bekostnad av borgenärsintresset i ABL. *I en strävan efter att möjliggöra en högre grad av fritt flöde mellan koncernbolag, för att underlätta inträdet av eftersträvade skalfördelar vid koncernbildning, synes borgenärsintresset i viss mån sättas på undantag.*

Som vi kan se ligger obalansen inom ABL mellan aktieägar- och borgenärsintresse, dels i grundtanken på att bolag kan äga varandra utan att ansvaret dem emellan utökas, dels i doktrinen och i viss mån praxis resonemang i värdeökningsteorin och i en mer liberal skälighetsbedömning, när dotterbolaget agerar.

23.3 Obalansen och 4 kap KL

*Vi har ovan funnit att vi, i bedömningen av huruvida en transaktion mellan koncernbolag kan återvinnas, skall hämta de principiella resonemangen, kring huruvida vederlagsfrihet föreligger, från bedömningarna inom ABL.*⁹⁶⁰ Här får alltså värdeökningsteorin och koncernintressets invägning som del i en skälighetsbedömning åter relevans. *Med nödvändighet får därmed den obalans som kan skyntas inom ABL motsvarande genomslag i 4 kap. KL.* Effekten blir som vi sett att återvinningsmöjligheterna inskränks till nackdel för borgenärerna.⁹⁶¹ *Vidare har vi framhållit ovan att obalansen än mer fördjupas vid beaktande av att varje koncernbolag kan rättshandla individuellt. Även om en transaktion ”i koncernen” kan anses ha varit till nackdel för viss borgenär och borde kunna återvinnas enligt t.ex. 4:6 KL kan karaktären hos återvinningsreglerna hindra detta.* Följande exempel är illustrativt: Ett moderbolag för över tillgångar till sitt helägda dotterbolag. Mot detta kan inget invändas eftersom överföringen motsvaras av en värdeökning i moderbolagets aktieinnehav. Transaktionen kan inte ses som vederlagsfri vare sig enligt 12 kap. ABL eller 4 kap. KL. Moderbolaget kommer på obestånd. Dotterbolaget beslutar då att föra ut egendomen till tredje man. Kan borgenärerna i moderbolaget hindra detta tillgångsflöde? Ett dotterbolag kanske rättshandlar formellt samtidigt som den materiella makten finns hos moderbolaget. Trots detta hindrar sannolikt den tvingande karaktären hos återvinningsreglerna oss från att genomföra en extensiv tolkning av begreppet galdenär för att åstadkomma en genomsyn för att tillräkna rättshandlingen moderbolaget.⁹⁶² Enbart dotterbolaget kan betraktas som galdenär i den mening KL avser. Moderbolagets borgenärer får således svårt att angripa sistnämnda förfarande.

23.4 Obalansen och sakrätten

Vi har ovan i avsnitt V.4.4 sett att de sakrättsliga momenten är mycket svåra att direkt överföra på de särskilda situationer som gäller inom en koncernbildning. Vi har också sett att detta beror på att koncerninterna transaktioner sker mellan två formellt självständiga juridiska personer där emellertid ett moderbolags ledning i stor utsträckning utövar kontrollen. Det är just denna kontroll som blir problematisk inom sakrätten. *Problemet blir alltså att försöka fastställa om och när moderbolaget ledning kan anses ha frånhänts sin faktiska rådighet till egendom som överförs till dotterbolagen.* I praktiken kan ett moderbolags ställföreträdare kanske ofta beordra ett återlämnande av egendom vilket medför att tradition eller denuntiatio som sakrättsliga moment blir chimärer om en vanlig sakrättslig bedömning sker. Frågan blir då hur vi skall få en rimlig avvägning mellan borgenärsintressena i moder- respektive dotterbolag när vi anlägger detta perspektiv? Doktrinen är som vi sett i

⁹⁵⁷ Se avsnitt V.7.2.2.3.3.

⁹⁵⁸ Se avsnitt V.7.2.2.3.3.

⁹⁵⁹ Se avsnitt V.7.2.4.

⁹⁶⁰ Det skall här påpekas att detta inte gäller bedömningen av om bokfört värde skall vara avgörande för sakutdelnings storlek. NJA 1995 s. 742 kan ej tillämpas på KL. I KL är därför marknadsvärdet alltid avgörande.

⁹⁶¹ Se avsnitt V.7.3.3.

⁹⁶² Se avsnitt V.6.4, II.2.

redogörelsen ovan splittrad. Vissa menar närmast att ingen särskild bedömning krävs. Vi har sett att detta nog är en väl formalistisk hållning utifrån de stora möjligheter ett moderbolag faktiskt har att organisera kontrollen så att betydande koncernlojalitet uppnås. *Hänsyn måste på något vis tas till moderbolagets reella makt inom koncernen för att rimlighet skall uppnås mellan de olika borgenärsintressena.* Vi har sett att det inom doktrinen finns flera förespråkare för denna inställning. Såväl Lindskog, Håstad och Rodhe godtar att särskilda hänsyn skall tas. Som vi sett menar de att vi vid ifrågasättande av fullbordad tradition skall se till huruvida 12 kap. ABL hindrar moderbolaget från att återkräva överförd egendom. Återkrav i strid med dessa regler kan nämligen medföra skadeståndsskyldighet för ställföreträdarna. *Vi har dock även sett att viss osäkerhet föreligger kring om 12 kap. ABL verkligen kan ges denna betydelse.* I vår analys har vi pekat på följande problem:

1. Det är osäkert vilken vikt som alls kan läggas vid ställföreträdarens potentiella skadeståndsplikt i sakrättsligt hänseende eftersom HD i NJA 1972 s. 246 inte resonerade kring någon sådan plikt.⁹⁶³
2. Även om vi kan hänvisa till sådan skadeståndsskyldighet som sakrättsligt relevant kan det ifrågasättas varför just inträdet av 12 kap. ABL skall vara avgörande. Redan brott mot lojalitetsplikten gentemot bolaget eller gentemot annan aktieägare medför ju risk för skadeståndsskyldighet. Kan inte likväl detta vara den relevanta punkten för inträde av sakrättsligt skydd?⁹⁶⁴
3. Hänvisning till 12 kap. ABL medför inte någon klar objektivt konstaterbar gräns i sakrättsligt hänseende.⁹⁶⁵ För en bedömning enligt 12:2 krävs omfattande undersökning i flera led. Följande led framstår som viktiga:
 - A. undersökning måste ske av det återlämnande dotterbolagets utdelningsbara vinstmedel.
 - B. En liknande undersökning krävs av moderbolagets ställning åtminstone då pantsatt egendom skall återlämnas.
 - C. I bedömningen av om utdelning skett tas en rad hänsyn in så som huruvida syfte finns att gynna mottagaren
 - D. Koncernledningen erhåller en möjlighet till långtgående ”sakrättslig planering” som helt kan undergräva syftet att motverka skentransaktioner.
4. För att 12 kap. ABL skall inträda torde väl sakrättsligt skydd vara en förutsättning vilket medför att det framstår som olämpligt och svårt att låta en bedömning enligt dessa regler avgöra om sakrättsligt skydd uppkommit.⁹⁶⁶

Vi har istället för att hänvisa till 12 kap. ABL framfört att vi, om vi alls kan låta en generell potentiell skadeståndsskyldighet avgöra, istället borde hänvisa till ställföreträdarnas lojalitetsplikt mot det egna bolaget och andra aktieägare.⁹⁶⁷ Det relevanta är väl, precis som utanför koncernförhållanden, nämligen ställföreträdarens lojalitetsplikt mot sin huvudman och inte i första hand dylik plikt mot borgenärerna.

*Ser vi vidare på det sakrättsliga momentet denuntiation framstår det som helt klart att 12 kap. ABL inte kan brukas för att fastställa sakrättsligt skydd mellan koncernbolag.*⁹⁶⁸ Vad som kan tänkas gälla vid koncernintern denuntiation är därmed mycket osäkert. Vi tror inte att det här är meningsfullt att hänvisa till någon aktiebolagsrättslig lojalitetsplikt hos ett innehavande bolag och huruvida den avtalsrättsliga plikten gentemot förvärvaren eller panthavaren kan ges relevans i det speciella förhållandet inom koncernen är oklart.

Sammanfattningsvis kan vi se att anledningen till att flera inom doktrinen är benägna att genomföra en särskilt sträng sakrättslig bedömning vid koncerninterna transaktioner är just att moderbolaget som ägare i dotterbolagen i princip har obegränsade möjligheter att åsidosätta bolagens formella självständighet. Samtidigt finns det å andra sidan givetvis ett stort behov för koncernbolagen att kunna bedriva ”...sedvanliga och ändamålsenliga affärer sinsemellan med sakrättslig verkan...”.⁹⁶⁹ Följer vi emellertid den lösningen att 12 kap. ABL skall fungera som sakrättslig vattendelare, när moderbolag för över egendom till dotterbolag, blir det i princip omöjligt att sakrättsligt skilja moderbolags och dotterbolags förmögenhetsmassor åt, annat än just när en

⁹⁶³ Se avsnitt V.4.4.3.4.2, V.4.4.3.4.3 (Osäkerhet om vi alls kan hänvisa till skadeståndsskyldighet).

⁹⁶⁴ Se avsnitt V.4.5.3, V.4.4.3.4.3 (Skadeståndsskyldighet inträder tidigare), V.4.4.3.4.4

⁹⁶⁵ Se avsnitt V.4.4.3.4.5.

⁹⁶⁶ Se avsnitt V.4.4.3.4.6.

⁹⁶⁷ Se avsnitt V.4.4.3.4.7, V.4.5.3.

⁹⁶⁸ Se avsnitt V.4.4.3.5.2.

⁹⁶⁹ Se Folkesson s. 190n.

krissituation uppstår i dotterbolaget. Vi har i avsnitt V.4.5 fastställt att det får anses råda betydande rättsosäkerhet vad gäller sakrättsliga spörsmål vid koncerninterna transaktioner. Doktrinen är splittrad och, som vi sett, tämligen vag samtidigt som vägledande praxis för situationen just i koncerner saknas. Just vad gäller den sakrättsliga innebörden i bruket av identiska ställföreträdare är läget kanske särskilt oklart. Vid t.ex. tradition och denuntiatio från dotterbolag till moderbolag *borde* inga särskilda sakrättsliga problem uppkomma eftersom dotterbolaget saknar möjligheter att utöva kontroll över moderbolaget. Vi har dock sett att bruket av identiska ställföreträdare har en tendens att även utradera betydelsen av en sådan formell slutsats och att vi p.g.a. NJA 1972 s. 246 möjligen får anta att maktförhållandena mellan bolagen då är av mindre vikt. Skall vi därmed anlägga ett generellt misstroende eller skall vi granska de enskilda fallen? NJA 1972 s. 246, som ju inte rörde koncernförhållanden, ger enbart begränsad vägledning här. Resonemang kring kraven på sakrättsliga moment inom koncerner får därför karaktären av de lege ferenda resonemang. I detta avseende har vi framfört att det nog inte är uteslutet att HD skulle fästa viss vikt vid den särskilda närståendesituation som föreligger i koncerner. Vi fastställde härvid att t.ex. maktsituationen i den aktuella koncernen, brukande av identiska ställföreträdare och ställföreträdarnas lojalitetsplikt möjligen kan få betydelse för bedömningen. Graden av osjälvständighet kan variera i så hög grad att någon enhetlig, strikt sakrättslig, lösning för alla fall är svår att förutse.

23.5 Sammanfattning av problematiken

Som vi ser får obalansen hos regleringen i ABL direkt genomslag även inom återvinningsreglerna i KL och inom sakrätten. Denna obalans består alltså främst i det faktum att moderbolaget är i stånd att sätta den organisatoriska regleringen i 8 och 9 kap. ABL ur spel. På så vis blir huvudregeln inom koncernen en strävan mot ageranden i koncernens intresse trots att de enskilda bolagen formellt sett kvarstår som separata juridiska personer enligt 1:1 ABL. Inom ramen för samma reglering har vi alltså att ta hänsyn till två olika utgångspunkter.

I *organisatoriskt hänseende* är utgångspunkten att integrering skall kunna ske i stort sett obehindrat. Moderbolaget har en rad strategier för att uppnå kontroll. Samtidigt har vi sett att det inte existerar någon reell möjlighet att helt förflytta ansvaret från respektive koncernbolags ledning. Det fragment av självständighet i organisatoriskt hänseende som i praktiken kommer att kvarstå hos respektive bolag är således lojalitetsplikten för ledningen mot det egna bolaget.

I *ekonomiskt hänseende* är utgångspunkten istället att varje koncernbolags tillgångar utgör en självständig förmögenhetsmassa. Huvudprincip är således att integrering inte skall vara möjligt annat än inom ramen för reglerna i 12 kap ABL. Detsamma gäller för återvinningsreglerna i 4 kap. KL. Det finns emellertid som vi sett betydande undantag från denna huvudprincip i form av värdeökningsteorin, hänsynen till ett koncernintresse och regler som 12:7 ABL och koncernhänsynen i för moderbolaget i 12:2 1 st. ABL.

Den här situationen där fristående ekonomiska enheter men ofta, i hög grad, organisatoriskt integrerade enheter rättshandlar sinsemellan medför i sin tur att vi ställs inför stora *sakrättsliga problem*. Inom ramen för de traditionella sakrättsliga momenten förutsätts nämligen närmast att den ekonomiska självständigheten motsvaras av självständighet i kontrollhänseende d.v.s. organisatorisk självständighet. P.g.a. karaktären hos den organisatoriska regleringen i ABL är detta dock, som vi sett, inte nödvändigtvis fallet.

Vad kan det då finnas för möjliga lösningar på dessa huvudproblem? Vi måste naturligtvis söka återupprätta en rimlig balans mellan de olika intressenterna inom koncernen.

24 Diskussion kring olika lösningsförslag

24.1 Inledning

Hur uppmärksammas de obalanser vi sammanfattat ovan? Frånvaron av särskilda organisatoriska regler för koncernen inom ABL har i doktrinen uppmärksammas av flera författare. Rodhe anser att det här "...ännu återstår mycket att göra innan svensk rätt.../...gör rättvisa åt de många frågor som koncernförhållanden ger upphov till."⁹⁷⁰ I Fermenta-rapporten konstateras vidare "...att det finns få områden inom den svenska lagstiftningen, där avståndet

⁹⁷⁰ Se Rodhe Aktiebolagsrätt s. 24n

mellan juridik och verklighet är så stort som när det gäller styrning av koncerner.”⁹⁷¹ Även Åhman anser att det ”...vore lämpligt att överväga en ordning där aktiebolagslagens bättrade överensstämmer med den praktiska verkligheten...” på denna punkt.⁹⁷²

Även obalanserna inom ramen för kapitalskyddet i ABL och återvinningsreglerna i KL har blivit uppmärksammade. I SOU 1983:60 pekar kommissionen, i sitt delbetänkande, på att lagstiftningen som skall balansera upp förhållanden inom koncerner kan anses ofullständig.⁹⁷³ Men de anser att denna obalans inte kan lösas genom t.ex. en reform av återvinningsreglerna i KL.⁹⁷⁴ Detta beror på att ett införande av specialregler för koncerninterna transaktioner skulle bryta sönder systematiken i KL eftersom lagen är inriktad på transaktioner i allmänhet. Vidare anses inte några särskilda instrument för att ingripa återvinningsvägen nödvändiga eftersom det redan idag finns regler i 12 kap ABL som tar hand om problemet. Vad gäller det senare erkänner kommissionen dock att även 12 kap ABL uppvisar brister när koncerner organiserar de enskilda bolagen utifrån vad som är bäst för koncernen som helhet.⁹⁷⁵ Någon vidare ledning ger dock inte propositionen i hur vi skall lösa missförhållandet. *Mot bakgrund av detta kan vi konstatera att kommissionen ser obalanserna men inte ägnar vidare uppmärksamhet åt hur vi skall kunna återställa balansen mellan de här konkurrerande intressena.* Detta måste i vart fall, sett ur borgenärernas synvinkel, anses som otillfredsställande.

Som vi alltså sett ovan går de aktiebolagsrättsliga, konkursrättsliga och sakrättsliga problemen vid bedömningar av koncerninterna transaktioner in i varandra. Det är då givetvis av stor vikt att vi beaktar vilka effekter olika lösningsförslag får inom samtliga dessa områden. Anlägger vi inte ett sådant helhetsperspektiv finns betydande risk att en lösning inte får avsedda effekter. Vi skall därför i följande avsnitt se närmare på olika möjligheter att söka uppnå en balans mellan de olika intressen som kommer i konflikt när koncernbolagen i hög grad organiseras som en enhet.

Vi ser i dagens läge ingen möjlighet att söka lägga fram någon specifik och heltäckande lösning på de sakrättsliga problemen i analysen nedan. Osäkerheten beträffande vilka hänsyn som kan tänkas vara av intresse i detta avseende är allt för stor. Vi hänvisar därför till avsnitt V.4.5 där vissa rimlighetsavvägningar och tänkbara lösningar anförs de lege ferenda. Vi anser emellertid att vi definierat de sakrättsliga koncernproblemen i tillräckligt hög grad för att kunna antyda vissa sakrättsliga effekter av olika aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga lösningsförslag. Analysen av respektive lösningsförslag kommer därför att vara upplagda så att de först upptar aktiebolags- och konkursrättsliga aspekter varefter viktiga sakrättsliga aspekter kommenteras.

24.2 Undantag i 1:1 ABL för koncerner?

24.2.1 Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter

24.2.1.1 De allmänna effekterna

I doktrinen har framförts förslaget att undanta koncernbolag från friheten från begränsad ansvarighet i 1:1 ABL.⁹⁷⁶ Motivet är att ”...koncerner vanligtvis inte uppfyller de förutsättningar som måste vara vid handen för att en associationsform skall kunna utrustas med begränsat ansvar.”⁹⁷⁷ Vad åstadkommer vi då genom någon form av undantag i 1:1 ABL? Skulle koncernen helt undantas från det begränsade ansvaret finns inte längre något hinder att helt upprätta en enhetssyn för koncerner. Borgenärsintresset skulle få en uttrycklig förstärkning i

⁹⁷¹ Se Fermenta-rapporten (Fermenta fakta och erfarenheter. En rapport till Stockholms Fondbörs) s. 183x.

⁹⁷² Se Åhman s. 593n f. Doktrinen innehåller åtskilligt fler uttalande i detta ämne, se bl.a. Borgström s. 102x.

⁹⁷³ Se SOU1983:60 s.69x

⁹⁷⁴ Se a. a. s.69n f

⁹⁷⁵ Se a. a.s.70x Där kommissionen uttrycker detta som att reglerna vid koncernförhållanden”...framstår som ofullständiga ...i den situationen att ett dotterbolag infogas i moderbolagets verksamhet men ändå består som en formellt fristående juridisk person...”.

⁹⁷⁶ Se Moberg 41n f., Lennander 2 s. 310n f.

⁹⁷⁷ Se Moberg s. 42m.

det att hela koncernen bär ansvar för all verksamhet inom denna. Borgenärerna skulle därmed inte längre drabbas av att ett moderbolag kan välja vilken tillgångsmassa som det skall satsas mest på.

Vid ett dylikt undantag skulle resonemangen kring tillämpningen av 12:2 och 12:5 ABL inom koncerner naturligtvis helt tappa sin relevans. Borgenärerna är ju då inte längre i behov av att skyddas mot omlokaliseringar av kapital mellan koncernbolagen. De har ju hela koncernens tillgångsmassa att tillgå. Det bör beaktas att även aktieägarna i viss mån gynnas av denna lösning. Härigenom kan ju ett helt fritt flöde råda av resurser och kapital mellan olika verksamheter och bolag. Aktieägarna skulle inte tvingas beakta risken att viss transaktion kan vara olovlig enligt 12 kap ABL. En oinskränkt fokusering på att uppnå lönsamhet kan anläggas även om möjligheterna att åstadkomma ansvarsbegränsad riskspridning begränsas. Viktigt är också att påpeka att ett sådant undantag innebär att vi kan göra samma bedömning av vederlagsfrihet hos transaktioner från moderbolag till dotterbolag som från dotterbolag till moderbolag. Resonemang kring värdeökningsteorin skulle alltså inte längre vara nödvändigt. Vi skulle inte längre behöva anpassa sättet att beakta ett koncernintresse beroende på vilken relation koncernbolagen har till varandra.

I den obeståndsrättsliga doktrinen har ett flertal företrädare pekat på effekterna av denna typ av lösning i ABL inom ramen för regleringen i KL. Lennander framför, vid resonemang kring pantsättningar mellan koncernbolag, just att effekten av en enhetssyn i koncernsammanhang inom ABL även kommer att återspeglas i KL.⁹⁷⁸ Varken kapitalskyddsregler eller konkursrättsliga återvinningsregler blir då nödvändiga att tillämpa vid koncerninterna transaktioner. Har borgenärerna tillgång till hela tillgångsmassan i koncernen finns ju ingen anledning att genomföra återvinning vid transaktioner inom koncernen.

Här kan även nämnas uttalanden av Folkesson och Rodhe som även de antyder en slags övergripande enhetssyn vid koncernbolagskonkurser.⁹⁷⁹ Det bör poängteras att dessa förslag bygger mer på hur man skall öka konkursförvaltningens effektivitet än hur vi skall kunna undanröja den typ av obalans som vi här diskuterar. Folkesson diskuterar huruvida flera förvaltare bör utses i samband med att flera koncernbolag försätts i konkurs. Han påpekar också att det ofta "...vore mest "rättvist" för fodringsägarna om koncernbolagskonkurser kunde slås ihop till en konkurs med gemensamma tillgångar och gemensamma skulder."⁹⁸⁰ Även Rodhe anför en snarlik tes där han efterlyser en sammanslagning av flera konkursbon till ett enda. Hans motiv till förslaget är främst att det skulle öka kostandseffektiviteten när redovisningen uppvisar brister⁹⁸¹.

Sammanfattningsvis kan vi alltså konstatera att ett införande av ett undantag för koncernbolag i 1:1 ABL kommer att medföra att alla former av återkravsproblem försvinner mellan koncernbolagen. Gentemot koncernen utomstående kommer emellertid givetvis dessa problem ha samma aktualitet som tidigare. Här föreligger emellertid sällan samma särskilda närstående situation som vi sett ofta karakteriserar koncernbolag varför svårigheterna att t.ex. bedöma transaktions vederlagsfrihet förenklas.

24.2.1.2 Nytt koncernbegrepp i 1:5 krävs

I avsnitt II.4.4 har vi närmare analyserat innebörden hos koncernbegreppet i 1:5 ABL. Frågan är om detta kan kvarstå i oförändrat skick om undantag införs i 1:1 ABL för koncerner? Genom ett sådant undantag kommer ju koncerndefinitionen att få helt andra effekter inom ABL. Idag är effekterna av denna främst att koncernredovisning skall upprättas. Införs däremot koncernundantag i 1:1 ABL skall koncerndefinitionen ligga till grund för definitionen av när en särskild typ av juridisk person uppkommer. Mycket talar därför för att 1:5 måste ges en mer inskränkt lydelse ur detta perspektiv. Idag kan ju ett dotterbolag faktiskt tillhöra två moderbolag i det fallet att ett aktiebolag innehar 51% av dotterbolagets röster samtidigt som ett annat ägande aktiebolag har rätt att utse mer än hälften av styrelseledamöterna i dotterbolaget.⁹⁸² Skall i detta fall båda

⁹⁷⁸ Se Lennander (2) s. 310n f.

⁹⁷⁹ Se Folkesson s.197 ff. Rodhe Balans 1984 nr. 10 s.16v y.

⁹⁸⁰ Se Folkesson s.199ö.

⁹⁸¹ Rodhe Balans 1984 nr.10 s.16v y

⁹⁸² För vidare analys av ett sådant exempel s. II.4.4.

koncernerna utgöra en juridisk person eller skall dotterbolaget här anses tillhöra två juridiska personer? Inget av alternativen verkar särskilt praktiskt.

Innebörden av att en ändring eller ett tillägg måste ske i koncerndefinitionen medför att vi erhåller ytterligare ett koncernbegrepp att ta hänsyn till. Vi kommer i denna situation eventuellt att erhålla ett nytt koncernbegrepp inom ABL. Till skillnad från vad som gäller i dag kommer därmed koncernbegreppet i ABL att skilja sig från koncernbegreppet inom ramen för krav på koncernredovisning i ÅRL.⁹⁸³ Ett mer inskränkt koncernbegrepp kommer gälla för när juridisk person kan anses föreligga och ett vidare för när koncernredovisning skall ske. Risk finns därmed att koncernrätten blir orimligt oöverskådlig. Frågan är hur många koncernbegrepp vi kan "laborera" med inom samma rättsordning?⁹⁸⁴

24.2.1.3 Nya regler krävs vid koncernbildning genom uppköp

Ett undantag från 1:1 ABL för koncerner medför alltså att existerande men även blivande koncernbolag är att betrakta som en juridisk person. Köper ett bolag upp ett annat kommer alltså i praktiken effekten att likna den som följer av fusion. Detta måste enligt vår mening föra med sig vissa problem. Både tillgångar och skulder kommer ju att bli gemensamma inom hela koncernen. Därmed uppfylls alltså de rekvisit som finns för fusion av bolag i 14:1 ABL d.v.s. att "...aktiebolags samtliga tillgångar och skulder övertas av ett annat aktiebolag...". För ett sådant förfarande krävs att en rad formregler tillämpas. Bl.a. skall fusionsplan upprättas (14:4), granskning ske av denna hos revisorerna (14:7), planen godkännas på stämma i det överlåtande bolaget med som huvudregel två tredjedelars majoritet (14:10, 11). Därefter skall borgenärer underrättas (14:13) och kallelse ske på okända borgenärer (14:16). Borgenärerna ges även möjlighet att invända mot fusionen (14:13, 14:16 2 st.)

Som vi kan se finns vid fusion alltså en rad formregler som skall beaktas och eftersom ett uppköp, när undantag införts i 1:1 ABL, blir att anse som ett gäldenärsbyte måste på något sätt dessa regler återspeglas av i stort sett motsvarande krav för bolagen i en uppköpsituation. Det skall här också påpekas att fusionsreglerna bygger på ett tvingande EG-direktiv (3:e bolagsdirektivet (78/855/EEG)).⁹⁸⁵ Direktivet omfattar enbart publika aktiebolag⁹⁸⁶ men uppenbar risk finns att ett undantag i 1:1 ABL för koncerner, utan nya regler för uppköp av i alla fall publika bolag, kommer att medföra att direktivet inte kan anses effektivt implementerat.

24.2.1.4 Ändringar inom regleringen i KL?

Att införa en enhetssyn inom ABL medför alltså, som vi sett ovan, att även KL byter storhet från respektive i koncernen ingående bolag till att se koncernens tillgångar och skulder som en helhet. Vi ser inte att ett undantag i 1:1 ABL kräver några särskilda följdändringar inom KL. Koncernen som sådan får i detta läge betraktas som gäldenär varför konkursboets förmögenhet kommer omfatta samtliga koncernbolag.⁹⁸⁷ En sammanslagning av konkursbon blir alltså möjlig. Vi ser inget hinder i 3:3 KL för att genomföra ett sådant byte av storhet för konkursboets del. Vi ser inte heller något direkt behov av att ändra närståendedefinitionen i 4:3 KL. I 4:3 definieras ju närstående i förhållande till "juridisk person" och ett undantag i 1:1 ABL för koncerner får effekten att koncernen ses som en juridisk person.⁹⁸⁸

24.2.2 Sakrättsliga aspekter

De sakrättsliga implikationerna av ett undantag i 1:1 ABL är inte särskilt komplicerade. Eftersom koncernen kommer att ses som en förmögenhetsmassa saknas det givetvis skäl att låta koncerninterna transaktioner

⁹⁸³ Här skall noteras att lagstiftaren inte har möjlighet att genomföra en följdändring av koncernbegreppet i 1:4 ÅRL. Detta koncernbegrepp följer av tvingande EG-rätt. Se avsnitt II.4.4.

⁹⁸⁴ Jfr. de problem som redan i dag uppstår till följd av olika koncerndefinitioner som vi analyserat i avsnitt II.4.7.

⁹⁸⁵ Se Thorell s. 48ö ff.

⁹⁸⁶ Se 3:e EG-direktivet (78/855/EEG) art. 1, (Thorell s. 49m).

⁹⁸⁷ Problematiken med gränsdragningen av termen "gäldenär" i koncernförhållanden försvinner därmed. Se avsnitt V.6.4.

⁹⁸⁸ För den närmare definitionen i 4:3 KL, se avsnitt II.4.5.

någonsin ha sakrättsligt skydd. Sakrätten uppfyller inte längre något syfte i intresseavvägningen mellan de olika borgenärerna inom koncernen.

Viktigt att notera är emellertid att den ställföreträdarproblematik som behandlas i NJA 1972 s. 246, d.v.s. identiskt ställföreträdarskap utanför koncernförhållanden, kommer att kvarstå. Eftersom rättsfallet inrymmer en del obesvarade frågor, så som vilken betydelse det identiska ställföreträdarskapet verkligen skall ges, kommer vissa sakrättsliga problem ändå kvarstå.⁹⁸⁹

24.2.3 Sammanfattande synpunkter

Att fullt ut låta moderbolaget i koncernen ansvara för dotterbolagens skulder genom ett undantag i 1:1 ABL kommer som vi sett ovan att helt och fullt radera ut alla de specifika nackdelar för borgenärerna när en koncern organiserar ledning och ekonomi som en enhet. Samtidigt skall vi dock beakta att sådana motiv till koncernbildning som riskspridning inom verksamheten inte längre kommer att finnas.⁹⁹⁰ Frågan är därmed om inte sådan riskspridning kommer att åstadkommas via andra lösningar? Oavsett hur det förhåller sig med den saken kommer här behandlade reglering inte att radera åtminstone ett av de viktigaste incitamenten bakom koncernbildning. I viss mån kommer även andra fördelar så som att självständiga dotterbolag erhåller större erkännande på marknaden och större respekt än en avdelning i ett bolag försvinner.⁹⁹¹

Vidare har vi sett att svårigheterna är många beträffande möjligheten att införa den reglering som krävs för att gäldenärsbyte för borgenärerna genom koncernbildning genom uppköp skall kunna accepteras. För det första krävs ytterligare en mer detaljerad och avgränsad koncerndefinition i 1:5 ABL vilket torde kunna än mer öka förvirringen kring koncernbegreppet. För det andra krävs införande av fusionsformer vid koncernbildning genom uppköp av bolag. I detta avseende har vi också sett att utrymmet för lagstiftning är inskränkt p.g.a. det tvingande 3:e EG-direktivet om fusion i publika aktiebolag.

24.3 Beslutstillräknande inom koncernen?

24.3.1 Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter

Vi har i avsnitt V.7.2.2.2 sett att transaktioner från moderbolag till dotterbolag enligt doktrinen mycket sällan kan anses som vederlagsfria i enlighet med värdeökningsteorin. En underliggande obalans mellan aktieägarintresse och borgenärsintresse finns emellertid i det faktum att ett dotterbolaget, sedan tillgångarna överförts från moderbolaget, i sin tur kan föra dessa tillgångar vidare ut ur koncernen utan någon plikt att se till moderbolagets ekonomiska situation. Finns det något förslag på lösning för att undvika denna obalans?

I avsnitt V.7.2.2.5 har vi sett att Lindskog härvid förespråkar att moderbolaget skall tillräknas ett sådant beslut i dotterbolaget att föra ut tillgångar till tredje man. Vi kallade där denna teori för *värdeminskningsteorin*. En överföring till tredje man motsvaras av att dotterbolaget minskar i värde hos moderbolaget vilket medför motiv att tillräkna moderbolaget dotterbolagets handling. Det konkreta argumentet för ett sådant tillräknande menar Lindskog finns i att varje överföring från dotterbolag till tredje man kräver godkännande från moderbolaget enligt 12:6 ABL. I vår tidigare behandling av Lindskogs teori i denna del har vi emellertid kunnat konstatera att vi, p.g.a. NJA 1997 s. 418, måste ifrågasätta om det generellt förhåller sig så att 12:6 per automatik inträder vid värdeöverföringar till tredje man. Dessutom synes 12:6 ABL uppställd i aktieägarnas intresse vilket medför att borgenärerna inte kan klandra att detta stadgande frånträtts. För de närmare invändningarna mot beslutstillräknande i just denna situation hänvisar vi till avsnitt V.7.2.2.5. Antydningar till liknande lösningar ges, som vi nämnt i avsnitt V.7.2.2.4.2, emellertid även av Rodhe, Johansson och Walin men då inte i den konkreta situationen att tillgångar förs ut till tredje man utanför koncernen utan vid just koncerninterna transaktioner främst mellan dotterbolag.

De närmare motiven till Rodhes, Johanssons och Walins inställning synes bygga främst på att moderbolaget, så som innehavare av aktierna i dotterbolaget, kan anses agera "...informellt som dotterbolagets bolagsstämma."⁹⁹²

⁹⁸⁹ För analysen av NJA 1972 s. 246, se avsnitt V.4.3.2.2.

⁹⁹⁰ Se avsnitt II.3.3.

⁹⁹¹ Se avsnitt II.3.4.

⁹⁹² Se Walin (2) s. 328 not 20.

Huvudinvändningen mot ett sådant betraktelsesätt blir givetvis att varje koncernbolag faktiskt får betraktas som separat juridisk person enligt 1:1 ABL. Dotterbolagens ledningsorgan har alltid att självständigt pröva alla former av direktiv och anvisningar från t.ex. ett moderbolags styrelse.⁹⁹³ Även andra frågetecken finns för möjligheterna att genomföra beslutstillräknande inom ramen för 12 kap. ABL. Effekterna härav blir ett faktiskt fränkännande av dotterbolags möjligheter enligt ABL, på egen hand, fatta beslut. Detta medges effekt mot borgenärerna i koncernen. Vi skulle därmed fästa vikt vid moderbolagets ”möjlighet” att åsidosätta aktieägarskyddande beslutsregler oavsett om beslut faktiskt tagits i dotterbolaget. Detta medför dock problem i aktiebolagsrätten. En sådan genomsyn raserar nämligen i viss mån resonemangen kring t.ex. SAS-principen. Det blir ju i detta läge i själva verket inte möjligt för samtliga aktieägarna att fritt välja huruvida 8 och 9 kap. skall tillämpas. Borgenärerna kan nämligen alltid hävda att moderbolaget tagit visst beslut.

Inom ramen för KL innebär former av beslutstillräknande att vi måste utreda huruvida det är motiverat med en extensiv tillämpning av främst termen ”gäldenär” i 4 kap. KL. Har moderbolaget gått i konkurs och dotterbolaget trots moderbolagets insolvens fört ut tillgångar är frågan om moderbolaget kan tillskrivas dessa rättshandlingar som varit till nackdel för moderbolagets borgenärer. Både Lindskog och Walin ansluter sig till denna genomsyn.⁹⁹⁴ Detta skulle lösa de problem som uppkommer i och med att 4 kap KL endast är tillämpligt när *konkursgäldenären* kan anses som den rättshandlande, vilket kan blir ett akut problem när en koncern organiserar tillgångar och skulder utifrån vad som är bäst för koncernen som helhet och inte den enskilda juridiska personen.⁹⁹⁵

Om vi närmare granskar denna uppfattning uppkommer dock främst två tveksamma punkter. För det första måste inte nödvändigtvis ett beslut att utdela värden som får relevans inom ramen för KL i dotterbolaget motsvaras av ett liktydigt aktieägarebeslut. För att ett aktieägarebeslut skall behövas måste det vara frågan om en transaktion som kan rubriceras som vederlagsfri inom ABL, vilket exempelvis rättshandlingar till bokfört värde troligtvis inte kan.⁹⁹⁶ Likaså bör i det fall ett koncernintresse kan tillåtas inom ramen för en eventuell gråzon modifiera 12:2 ABL på så vis att vinstutdelning ej anses föreligga. Detta innebär att rättshandlingar som kan härbärgera dylika intressen inte kan rubriceras som utdelning.⁹⁹⁷ Aktieägarbeslut krävs därmed inte.

För det andra anses genom nettodomen fastlagt att ett aktiebolags styrelse på egen hand kan fatta beslut om vinstutdelning.⁹⁹⁸ Visserligen kan sådant beslut klandras av aktieägaren (moderbolaget) men det väsentliga är att ett giltigt beslut kan tas utan aktieägarbeslut moderbolagets medverkan och vetskap. Vad vi säger är ingalunda att moderbolaget inte kan ta beslutet, i egenskap av aktieägare på dotterbolagets stämma, utan bara att det inte finns något lagligt krav på dylika beslut. Detta innebär att en extensiv tolkning av 4 kap KL vid koncernbolagskonkurser endast kan återställa obalansen när vi kan bevisa att moderbolaget faktiskt har tagit beslutet, vilket får anses som en otillfredsställande lösning. En mer extrem variant på samma tema skulle vara att man helt enkelt ansåg att moderbolaget handlat utan att kräva att sådant beslut verkligen tagits. Detta skulle naturligtvis medföra ett generellt utrymme för att komma åt sådana koncerntransaktioner. Vi skulle då delvis uppnå en enhetssyn på koncernen. Vad som starkast talar mot sådana extensioner av 4 kap KL är att tvingande regler generellt sett inte bör ges tillämpning utanför sin lydelse. Praxis och doktrin pekar också på att återvinningsreglerna skall tolkas restriktivt.⁹⁹⁹

⁹⁹³ Se avsnitt III.3.3.2, III.4.6.

⁹⁹⁴ Lindskog JT 1992-93 s.84 not11, Walin 2 s. 328 not 20.

⁹⁹⁵ Se ovan i avsnitt V.6.4.

⁹⁹⁶ Se principerna i NJA 1995 s 742. Jfr. dock Andersson 2 s.40x ff. Han menar att domen endast avser bedömningen enligt 12:2 1 st ABL men att utdelning ändå alltid föreligger så snart markandsvärdet understigs.

⁹⁹⁷ Se särskilt Rodhes resonemang (s.122n f) som redogjorts för ovan i avsnitt V.6.3.4.4, V.7.3.2.3.2.

⁹⁹⁸ Kedner-Roos II s.104ö.

⁹⁹⁹ Jfr. Lennander (2) s.41y där hon resonerar kring försiktiga analogier. Vidare pekar hon på att många rekvisit i 4 kap KL tolkas motsatsvis. Se s.205y f där hon pekar på NJA 1950 s 417 i vilket anförs (på sid 420f i referatet) att det krävs mycket starka skäl för att man skall acceptera en extension av begreppet *betalning*. Ett ytterligare stöd för samma åsikt är NJA 1985 s 117 där HD anser (sidan 120 i referatet) att man inte kan göra en extension av rekvisitet *gäldenär* i KL 4:12 utan det måste vara frågan om säkerhetställande av egen skuld. Welamson (1) s.76y pekar på en ”...principiell inställning, enligt vilken återvinningsreglerna bör tolkas *restriktivt*...”.

24.3.2 Sakrättsliga aspekter

Vad innebär då en teori om beslutstillräknande för de sakrättsliga problemen vid koncerninterna transaktioner? Detta är givetvis svårt att besvara p.g.a. den osäkerhet som gäller. Vi kan emellertid konstatera att uppfyllelse av sakrättsligt moment kräver att moderbolagets rådighet kan anses avskuren. Frågan är emellertid hur denna rådighet alls skall kunna anses vara avskuren om moderbolaget skall tillräknas samtliga beslut i koncernen? Därmed avskärs väl varje möjlighet att utföra legitima koncerninterna transaktioner med sakrättsligt skydd. Därmed kan man väl med fog fråga sig varför de som förespråkar sådant beslutstillräknande över huvud taget önskar tillämpa 12 kap. ABL och 4 kap. KL. För att dessa regler skall bli tillämpliga krävs ju att sakrättsligt skydd uppnåtts. Den totala enhetssynen i ekonomiskt hänseende ligger väl nära.

24.3.3 Sammanfattande synpunkter

Vi finner mot bakgrund av vad som ovan framförts att det finns betydande invändningar mot att fullt ut tillräkna moderbolag rättshandlingar som skett i dotterbolaget. Ett sådant förfarande skulle visserligen medföra att värdeökningsteorin kan godtas eftersom tillgångars utflöden via dotterbolag kan hindras. Å andra sidan saknar förfarandet helt grunder i ABL. Dessutom komplicerar ett sådant tillräknande synen på organisationsreglerna i ABL. Inom ramen för huruvida ”gäldenären” skall anses ta beslut i KL har vi sett att utdelningsbeslut i flera fall kan tas utan moderbolagets medverkan eller vetskap genom styrelsebeslut. Dessutom står det klart att KL bör ha ett restriktivt tillämpningsområde vilket förhindrar extensioner av gäldenärsbegreppet. I sakrättsligt hänseende medför dessutom kategoriskt tillräknande sannolikt närmast oöverstigliga problem för koncernbolagen att sinsemellan genomföra affärer med sakrättslig verkan.

24.4 Utökning av koncernhänsynen i 12:2 ABL

24.4.1 Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter

Vi har i avsnitt V.7.2.3.2 sett att moderbolaget i koncernen alltid har att se till koncernens ekonomiska situation när avvägning om vinstutdelnings storlek skall ske. I 12:2 stadgas nämligen en särskild koncernhänsyn för detta fall. Vi har ovan pekat på att t.ex. beslutstillräknande vore en lösning på det problemet att sådant kan hindra att ett tillgångsflöde ur dotterbolaget sedan moderbolaget kommit på obestånd. Vi såg emellertid att denna lösning medför många problem. Frågan blir då om vi kan se någon annan lösning på detta problem?

En bättre lösning vore möjligen att söka införa en plikt även för dotterbolag i koncerner att ta hänsyn till koncernens situation vid utdelningar. Detta skulle kunna genomföras via ett nytt stadgande i 12:2, innebärande att dotterbolag ej äger besluta om vinstutdelning om inte koncernredovisningen hos moderbolaget medger detta. Ett sådant stadgande skulle precis som beslutstillräknande medföra ett hinder för tillgångsflödena ovan. Effekten skulle alltså bli att dotterbolaget tvingas ta hänsyn även till intressen hos andra borgenärer inom koncernen än de egna. Samtidigt behöver vi emellertid inte generellt avskära möjligheten till självständigt beslutande i dotterbolaget.

Vad gäller de konkursrättsliga aspekterna av en sådan reglering så skulle detta inte i sig medföra att vi kommer till rätta med problemet att tillämpa gäldenärsbegreppet i KL extensivt till fördel för borgenärerna i moderbolaget. Regleringen löser således inte den osäkerhet till nackdel för borgenärerna som här föreligger. Reglerna KL och regleringen i ABL är emellertid nära knutna till varandra och även inom KL medför givetvis en reglerad hänsyn till koncernredovisningen i dotterbolag att obalansen i viss mån minskar.¹⁰⁰⁰

24.4.2 Sakrättsliga aspekter

I sakrättsligt hänseende kommer ett ytterligare stadgande i 12:2 ABL för dotterbolags koncernhänsyn inte att medföra de problem som ett utsträckt och tämligen odefinierat beslutstillräknande får. Ett sådant stadgande medför givetvis inte i sig några effekter vad gäller moderbolagets möjligheter att utöva kontroll d.v.s. rådighet över dotterbolagens tillgångar.

¹⁰⁰⁰ För analysen den närmare kopplingen mellan regelverken, se V.6.3.2.

24.5 Utvidgning av teorin om ansvarsgenombrott

24.5.1 Utgångspunkter

Vi har ovan i avsnitt V.5.2 pekat på vilka förutsättningar som krävs för att ansvarsgenombrott skall aktualiseras inom en koncern. I realiteten kommer statuerande av sådant genombrott att ha samma effekt som införande av ett undantag i 1:1 ABL. Man ser ju då igenom bolagets begränsade ansvar. En betydande skillnad mot ett generellt undantag i 1:1 ABL är emellertid att ansvarsgenombrottet just inte är på samma sätt generellt. Detta bygger ju s.a.s. på att integration och realiserande av ett koncernintresse kan byggas upp inom koncernen fram till otillbörlighetens gräns.¹⁰⁰¹ Därefter kan ansvarsgenombrottet undantagsvis inträda.

Vi har sett ovan att NJA 1982 s. 244, mål 272/89 i Hovrätten för Västra Sverige och i viss mån NJA 1975 s. 45 tyder på att en centraliserad och enhetlig ekonomisk och ledningsmässig organisation inom koncernen kan vara ett argument för inträdet av ansvarsgenombrott.¹⁰⁰² Klart är också att en liten ägarkrets, vilket är fallet i koncerner, talar för en mer sträng bedömning. Som vi sett i analysen av ansvarsgenombrott torde dock även någon form av otillbörligt förfarande krävas för genombrott. Vidare är det helt klart att ansvarsgenombrottet som instrument är ett mycket smalt instrument som gäller i yttersta undantagssituation.

Kan då en utvidgning av möjligheterna till ansvarsgenombrott möjligen reducera de obalanser vi noterat? Det rekvisit vi tror har störst relevans i en helägd koncern blir hur snäv osjälvständighetsbedömning som skall ske. Vi tror att en utvidgning mot en vidare tillämpning av detta rekvisit kan få betydande effekter på obalansen mellan aktieägare och borgenärer.

24.5.2 Aktiebolagsrättsliga och konkursrättsliga aspekter

Som vi har sett i avsnitt V.5.2.4 innebär koncernbildning att aktieägarintresse och borgenärsintresse inte längre balanseras. Detta blir ännu mer uppenbart när vi för in resonemang kring ett koncernintresse då ett dotterbolag genomför transaktioner till sitt moderbolag. I viss mån tror vi emellertid att obalanserna mellan aktieägarintresse och borgenärsintresse kan förhindras ge orimliga konsekvenser om vi låter osjälvständighetsrekvisitet i bedömningen vid ansvarsgenombrott få ökat genomslag och vidare tillämpning. På så vis kommer dotterbolag inom svenskt näringsliv, paradoxalt nog, sannolikt att erhålla en mer självständig ställning. Detta blir effekten av att integrationssträvandena och strävandena efter ageranden i koncernens intresse kommer att avbrytas på ett tidigare stadium till följd av ansvarsgenombrott. En sådan utveckling vore givetvis positiv för borgenärerna. Härigenom erhåller de en ökad säkerhet om att dotterbolagens ledningar kommer att se även till det egna bolagets intresse och inte enbart till ett koncernintresse.

Avslutningsvis skall det emellertid påpekas att ansvarsgenombrottet som instrument är mycket trubbigt och att det torde krävas betydande praxis för att skapa klarhet kring detta.

24.5.3 Sakrättsliga aspekter

Skulle då en utökad tillämpning av möjligheterna till ansvarsgenombrott medföra några sakrättsliga följder? Inledningsvis skall vi konstatera att ansvarsgenombrott medför betalningsansvar för moderbolaget och inget annat. Detta medför att eventuell möjlighet för borgenärer till ett dotterbolag i konkurs att göra gällande ansvarsgenombrott för det fall att även moderbolaget gått i konkurs inte är meningsfullt.¹⁰⁰³ Viss skillnad föreligger dock i det fallet att dotterbolag gått i konkurs men moderbolaget faktiskt är solvent. I denna situation torde eventuellt bristande sakrättsligt skydd för dotterbolagets del i viss mån kunna uppvägas av en lyckad talan om ansvarsgenombrott för dotterbolagets borgenärer. Vi kan här tänka oss situationen att moderbolaget gör gällande att det konkursdrabbade dotterbolaget ej erhållit sakrättsligt skydd till viss överförd, men ännu ej betald, egendom. Visar det sig att moderbolagets talan i denna del vinner framgång kommer egendomen att kunna tas ur dotterbolagets konkursbo. Yrkar i detta läge dotterbolagets borgenärer på ansvarsgenombrott och

¹⁰⁰¹ Se avsnitt V.7.2.5.

¹⁰⁰² Se avsnitt V.5.2.3.2, V.5.2.3.3.

¹⁰⁰³ Jfr. avsnitt V.5.2.1.

förutsättningarna härför är uppfyllda kommer minskningen i konkursboet till följd föregående sakrättsliga återgång möjligen korrigeras p.g.a. fordran på betalningsansvar för moderbolaget.

Ytterligare en effekt i sakrättsligt hänseende kan möjligen uppstå om ansvarsgenombrott införs som en mer reellt och vidare instrument. Osäkerheten kring sakrättsliga moment inom koncerner är ju beroende av möjligheterna för moderbolaget att integrera dotterbolaget både i organisatoriskt och ekonomiskt hänseende. Utvidgar vi möjligheterna till ansvarsgenombrott medför detta rimligen att de mest iögonfallande och långtgående fallen av integrering kommer att undvikas inom koncerner. Effekten härav blir att osäkerheten kring möjligheterna till sakrättsligt skydd minskar.

VII KÄLLFÖRTECKNING

25 Hänvisningsteknik

Hänvisningar till källor sker generellt enligt hovrättssystemet, för att ge bästa möjliga precision. Systemet fungerar enligt följande: **ö** avser texten överst på angiven sidan, **m** avser texten i mitten på av sidan, **n** avser texten nederst på sidan, **x** avser texten mellan **ö** och **m**, **y** avser texten mellan **m** och **n**.¹⁰⁰⁴ Om **h** står före någon av de föregående nämnda bokstäverna betyder det att vi hänvisar till högra spalten på sidan. Om **v** står före dessa bokstäver avser vi den vänstra spalten på sidan. Står det **m** avser vi mittenspalten.

26 EU direktiv

(68/151/EEG), Publicitetsdirektivet

(78/855/EEG), Fusionsdirektivet, (Det tredje bolagsdirektivet)

(III/1639/84-EN), Ett icke officiellt utkast till ett nionde bolagsdirektiv

27 Lagar

Handelsbalken 18 kap. Om syssломän och ombudsmän.

Brottsbalk 10 kap. Om förskingring och annan trolöshet.

SFS 1845:50 Lag om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (Lösöreköplagen).

SFS 1914:45 Lag om kommission (Kommissionslagen)

SFS 1915:218 Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (Avtalslagen)

SFS 1936:81 Lag om skuldebrev (Skuldebrevslagen)

SFS 1936:88 Lag om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man.

SFS 1984:387 Polislag

SFS 1972:207 Skadeståndslagen

SFS 1975:1385 Aktiebolagslagen

SFS 1987:672 Konkurslagen

SFS 1995:1554 Årsredovisningslag

SFS 1998:1479 Lag om kontoföring av finansiella institut

SFS 1999:1229 Inkomstskattelagen

28 Förarbeten

28.1 Propositioner

1936:2 Förslag till lag om skuldbrev m.m.

1953:28 Förslag till förordning med förslag till ändring i förordning (1927 nr. 321) om skatt vid utskiftning
aktiebolags tillgångar m.m.

1970:142 Förslag till förmånsrättslag.

1972:5 Förslag till skadeståndslag m.m.

1975:6 Om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.

1975:103 Om förslag till ny aktiebolagslag, m.m.

1976/77:137 Om ändring i lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

1984/85:70 Om slopad kommunal taxering av juridiska personer.

1995/96:10 Års- och koncernredovisning. Del II Företag i allmänhet

1996/97:18 Vissa företagsskattefrågor

¹⁰⁰⁴ Se Bernitz Ulf, Heuman Lars, Löfmarck Madeleine, Ragnemalm Hans, Seipel Peter, Victorin Anders, Vogel Hans-Heinrich, FINNA RÄTT –Juristens källmaterial och arbetsmetoder, 3:e uppl., Juristförlaget, 1991 s. 221m.

28.2 Statens offentliga utredningar

SOU 1941:9 Förslag till lag om aktiebolag m.m.

SOU 1969:5 Utsökningsrätt IX, förmånsrättordning m.m.

SOU 1970:75 Konkursgrunderna gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning m.m..

SOU 1971:15 Förslag till aktiebolagslag m.m.

SOU 1983:60 Återvinning i konkurs

SOU 1995:44 Aktiebolagets organisation

SOU 1997:168 Vinstutdelning i Aktiebolag

29 Rättspraxis

29.1 Högsta domstolen

NJA 1924 s. 543

NJA 1925 s. 535

NJA 1929 s. 64

NJA 1934 s. 193

NJA 1934 s. 196

NJA 1934 s. 416

NJA 1936 s. 420

NJA 1936 s. 684

NJA 1947 s. 647

NJA 1949 s. 164

NJA 1950 s. 417

NJA 1951 s. 6 I, II

NJA 1956 s. 1

NJA 1956 s. 485

NJA 1958 s. 186

NJA 1958 s. 422

NJA 1960 s. 698

NJA 1962 s. 49

NJA 1965 s. 224

NJA 1966 s. 475

NJA 1968 s. 375

NJA 1972 s. 246

NJA 1975 s. 45

NJA 1975 s. 638

NJA 1976 s. 618

NJA 1978 s. 194

NJA 1979 s.157

NJA 1980 s. 197

NJA 1980 s. 311

NJA 1981 s. 1117

NJA 1982 s. 244

NJA 1983 s. 713 I, II

NJA 1984 s. 132

NJA 1985 s. 29

NJA 1985 s. 117

NJA 1986 s. 217

NJA 1987 s. 3

NJA 1989 s. 705 I, II

NJA 1990 s. 343

NJA 1992 s. 375

NJA 1993 s. 188

NJA 1994 s. 204

NJA 1995 s. 367 I, II

NJA 1995 s. 418

NJA 1995 s. 586

NJA 1995 s. 742 (Nettodomen)

NJA 1996 s. 52

NJA 1996 s. 224

NJA 1997 s. 115

NJA 1997 s. 418

Mål Ö 3864-98

29.2 Hovrätt

HovR för Västra Sverige mål T 272/89

RH 1990:116

29.3 Tingsrätt

Södertälje tingsrätts beslut 1979-12-19, ST 523 (Byggma Öst-målet)

29.4 Övrig rättspraxis

RIC 50/93

29.5 Skiljedom

Skiljedom om kommissionärsbolag den 8 juli 1988 (Saléndomen)

30 Doktrin

30.1 Artiklar

Baran Mahmut:

Svensk skattetidning (SvST) 1997 nr 6-7, Den nya koncern definitionen i aktiebolagslagen och ägarförändring enligt underskottsavdragslagen

Bengtsson Bertil:

Svensk juristtidning (SvJT) 1962 s. 689ff, Om gåvobegreppet i civilrätten

Johansson Marcus:

Svensk juristtidning (SvJT) 1997 s. 343ff, Ändamålsenliga sakrättsmoment –om rådighet, sken och rådighetssken.

Müllern Mats:

Tidskrift för sveriges advokatsamfund (TSA) 1981 s. 34ff, Vederlagsfri pantsättning som förtäckt utdelning från aktiebolag

Nial Håkan:

Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland 1973 s. 224ff, Till begreppet moder- och dotterbolag

Lindskog Stefan:

Juridisk Tidskrift (JT) 1991-92 s. 275ff, Om sakrättsligt misstroende

Juridisk Tidskrift (JT) 1992-93 s. 82ff, Olovlig kapitalanvändning; kommentarer med anledning av några tingsrättsdomar.

Rodhe Knut:

Balans 1981 nr1, Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld

Balans 1984 nr9, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder Del 1

Balans 1984 nr10, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder Del 2

Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1982 s. 55f, Ytterligare något om vederlagsfri pantsättning gjord av ett aktiebolag

Rodhe och Johansson:

Balans 1978 nr1, Redovisning av koncernbidrag

Samuelsson Per:

Svensk juristtidning (SvJT), 1997 s. 528ff, Om rättsekonominns uppkomst och inverkan på den aktiebolagsrättsliga forskningen,

Skog Rolf och Anne Rutberg:

Svensk skattetidning (SvST) 1997 nr 6-7 s. 571ff, Det nya koncernbegreppet

TT Nyhetsbanken: Consafe, 1985-11-05, Affärsdata: www.ad.se

Under Sven:

Advokaten, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1987 nr 1 s. 18ff, Får jag tala med koncernchefen!

Wennerstrand:

Balans 1984 nr10, Många oklarheter om obeskattade reserver och koncernbidrag

30.2 Övriga verk

Andersen Paul Krüger, Studier i dansk koncernret, Jurist- og økonomforbundets förlag, 1997

Andersson Jan:

(1) Om vinstutdelning från aktiebolag, Iustus förlag, 1995

(2) Kapitalskyddet i aktiebolag, 2:a uppl., LitteraturCompagniet AB, 1999

Adlercreutz Axel, Avtalsrätt I, 10:e uppl., Juristförlaget i Lund, 1995

Bergström Clas, Samuelsson Per, Aktiebolagets grundproblem, 1997, Nerenius & Santéus förlag

Borgström Carl, Koncernrättsliga Problem: en komparativ studie, P.A. Norstedt, 1970

Dotevall Rolf, Bolagsledningens skadeståndsansvar, 1:a uppl., Norstedts juridik, 1999

Dufwa Bill W, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987, s. 173ff, Skyddat intresse, Renförmögenhetsskada och andra skadeståndsrättsliga spörsmål i ett internationellt perspektiv, Norstedts förlag, 1987

Ekelöf P.O., Rättegång:
IV, 7:e uppl., Norstedts, 1995
II, 8:e uppl, Norstedts, 1996

Föreningen Auktoriserade Revisorer, FAR:s Samlingsvolym, FAR Förlag AB, 2000

Folkesson Enar, Företaget i ekonomisk kris, 3:e uppl., Nerenius & Santéus förlag, 1996

Forsblad Peter, Företagsledares beslutsinflytande, Ekonomiska forskningsinstitutet vid handelshögskolan i Stockholm, 1980

Grönfors Kurt, Festskrift till Håkan Nial, Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten, PA Norstedt & Söner, 1966

Göranson Ulf, Traditionsprincipen, Iustus förlag, 1985

Holmberg Erik, Stjernquist Nils, Vår författning, 10:e uppl., Norstedts juridik, 1995

Håstad Torgny:
(1) Studie i sakrätt, P.A. Norstedt & Söners förlag, 1980
(2) Sakrätt avseende lös egendom, 6:e omarbetade uppl., Norstedts juridik, 1996

Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, AB P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1984

Hellner Jan, Skadeståndsrätt, 5:e uppl., Juristförlaget, 1995

Ingvarsson Torbjörn, Borgensliknande säkerhetsrätter, Författaren och Norstedts juridik AB, 2000

Johansson Kjell, Borgenärsskyddet i aktiebolag och ekonomiska föreningar, Företagsjuridiska Byrån, 1996

Johansson Svante, Bolagsstämma, 1990, Juristförlaget JF

Kedner Gösta, Roos Carl Martin, Skog Rolf, Aktiebolagslagen med kommentarer Del I och II, 5:e uppl., Norstedts juridik, 1998

Koncernregister, SCB, mars 1996

Larsson Björn, Koncernorganisation. Kontroll och kompetens. Organisationsformer för koncerner., Research-report EFI/mars 1983, Ekonomiska forskningsinstitutet vid Handelshögskolan i Stockholm, 1983

Larsson Stig, Koncernorganisation eller företagssamarbete i nya strukturer, FE-Rapport, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, 1987

Lennander Gertrud:
(1) Återvinning i konkurs, 1:a uppl., Norstedts, 1985
(2) Återvinning i konkurs, 2:a uppl., Norstedts juridik, 1994

Lindskog Stefan, Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap., 2:a uppl., Juristförlaget, 1995

Lodin Sven-Olof, Lindencrona Gustaf, Melz Peter, Silfverberg Christer, Inkomstskatt- en läro- och handbok i skatterätt Del I och II, 7:e uppl., Studentlitteratur, 1999

Moberg Krister, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Nerenius & Santéus förlag, 1998

Nerep Erik, Aktiebolagsrättsliga studier- särskilt om kapitalskyddet, Juristförlaget, 1994

Nial Håkan: Festskrift till Knut Rodhe studie i krediträtt och associationsrätt, s. 329ff, Till frågan om kompetensfördelning mellan stämman och styrelsen i aktiebolag, PA Norstedt & Söners förlag, 1976

Nial Håkan, Johansson Svante, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 6:e uppl., Författarna och Fritzes förlag AB, 1995

Nordström Kjell, Ridderstråle Jonas, Funky Business, Book House Publishing, 1999

Ould John, Controlling subsidiary companies, A guide to group management and financial control, Woodhead-Faulkner Cambridge, 1986

Posselius E, Grosskopf G, Gomez U, Huldén L, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, 3:e uppl., Ernst & Young, 1993

Sveriges största företag 2000/2001, Ekonomisk litteratur AB, 2000

Rodhe Knut:

Aktiebolagsrätt, 18:e uppl., Norstedts juridik, 1999
Handbok i sakrätt, P.A. Norstedt & Söners förlag, 1985
Schmidt Folke, Facklig arbetsrätt. 4:e uppl., Juristförlaget, 1997
Statistiska CentralByrån (SCB), Koncernregister, SCB, 1996
Stockholms Fondbörs, Fermenta fakta och erfarenheter, 1988
Svernlöv Carl, Arbetsordning och andra instruktioner i aktiebolaget, LitteraturCompagniet AB, 1999
Taxell Lars Erik, Aktiebolagets organisation, Åbo akademi, 1982
Thorell Per, EG:s Direktiv i bolags- och Börsrätt, Iustus förlag, 1993
Tiberg Hugo, Dotevall Rolf, Mellanmansrätt, 8:e, Författarna och CE Fritzes AB, 1994
Undén Östen, Svensk sakrätt i lös egendom, 9:e uppl., Liberläromedel Lund Gleerups, 1974
Walin Gösta:
Separationsrätt, P.A. Norstedts & söners förlag, 1975
Pantträtt, 2:a uppl., Författaren och Norstedts Juridik AB, 1998
(1) Materiell konkursrätt, 2:a uppl., Norstedts, 1987
(2) Borgen och tredjemanspant, 2:a uppl., Norstedts juridik, 1996
Walin G & Palmér E, Konkurslagen 1 och 2 (VI, XIX), 10:e uppl., Norstedts juridik, 1999
Welamson Lars, Konkurs, 8:e uppl., Norstedts, 1988
Åhman Ola, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997, Iustus förlag

30.3 Kontakter

Dotevall Rolf, tf. professor, på Handelshögskolan vid Göteborgs universitet