

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet
Uppsats för tillämpade studier, 30 hp
Juridiska institutionen
Handledare: Enar Folkesson
Höstterminen 2010

Låneförbudet i 21 kap 1 § ABL

-En studie av dess omfattning och kritik

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	4
1.1. Ämnespresentation.....	4
1.2. Disposition.....	4
1.3. Syfte och frågeställningar.....	4
1.4. Avgränsning.....	5
1.5. Metod och material.....	5
2. Bakgrund	6
3. Låneförbudets omfattning.....	7
3.1. Begreppet lämna penninglån.....	7
3.2. Den förbjudna kretsen.....	9
3.3. Tidpunkt för lånet.....	12
3.4. Undantag.....	12
3.4.1. Kommunlån	12
3.4.2. Koncernlån.....	13
3.4.3. Kommersiella lån.....	15
3.4.4. Riksgäldslån	16
3.4.5. Småaktieägarlån.....	16
4. Dispens.....	17
5. Lån i strid med 17 kap ABL.....	18
6. Rättsföljder.....	19
6.1. Civilrättsligt.....	19
6.2. Straffrättsligt	21
6.3. Skatterättsligt	23
7. Analys.....	25
7.1. Låneförbudets rättssäkerhetsproblem	25
7.1.1. Inledning.....	25

7.1.2.	Legalitetsprincipen	25
7.1.3.	Analys av begreppet lämna penninglån.....	27
7.1.4.	Praktiska effekter	32
7.2.	Låneförbudets straffsanktion	33
7.2.1.	Inledning.....	33
7.2.2.	Skäl för att straffsanktionera låneförbudet	33
7.2.3.	Bör låneförbudet vara straffsanktionerat?	35
8.	Sammanfattning och diskussion de lege ferenda.....	39
9.	Referenslista	41
9.1.	Offentligt material	41
9.2.	Litteratur	41
9.3.	Rättsfall.....	42
9.4.	Intervjuer.....	43

1. Inledning

1.1. Ämnespresentation

Låneförbudet infördes 1973 i 1944 års aktiebolagslag (1944:705). Idag finns förbudet i 21 kap 1 § aktiebolagslagen (2005:551, ABL) som stadgar att ett aktiebolag inte får lämna penninglån till aktieägare, styrelseledamot, verkställande direktör eller någon dem närstående. Den civilrättsliga sanktionen är ogiltighet enligt 21 kap 11 § ABL och eventuellt skadestånd enligt 29 kap ABL. Den som överträder låneförbudet kan dömas till böter eller fängelse i högst ett år enligt 30 kap 1 § ABL och ska också ta upp lånebeloppet som intäkt i inkomstslaget tjänst alternativt näringsverksamhet enligt 11 kap 45 § respektive 15 kap 3 § inkomstskattelagen (1999:1229, IL). I förarbetena till förbudet anfördes att syftet var tvådelat. Lagstiftaren ville dels skydda bolags kreditvärdighet och dels förhindra skatteflykt.

Sedan införandet av låneförbudet har dock kritiken vuxit mot dess tillämpning, syfte, sanktionsformer och nödvändighet. Bestämmelserna har vridits och vänts på av åtskilliga affärsjurister och rättstillämpare och diskuterats livligt i både böcker och tidsskriftsartiklar. Alla tycks ha en åsikt om låneförbudets vara eller icke vara. Denna uppsats kommer därför att analysera dels omfattningen och dels kritiken mot låneförbudet.

1.2. Disposition

Uppsatsen börjar med att lägga fram syfte och frågeställningar, avgränsning samt metod och material. Därefter tas en kort bakgrund till låneförbudet upp. Bakgrunden följs av en djupgående beskrivning av förbudets omfattning. Analysdelen, innehållande diskussion om låneförbudets rättssäkerhet och straffsanktion, kommer därefter. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande diskussion.

1.3. Syfte och frågeställningar

Alltsedan låneförbudet infördes 1973 har det varit utsatt för massiv kritik i doktrinen. Uppsatsen syftar därför till att gräva djupare i kritiken och undersöka hur befogad den verkligen är. Jag har valt att fokusera på följande två frågeställningar som jag anser särskilt intressanta.

- Är låneförbudet rättssäkert?
- Bör låneförbudet vara straffsanktionerat?

1.4. Avgränsning

Jag har valt att avgränsa mig till förbudet mot närståendlån i 21 kap 1 § ABL och kommer därför inte att behandla förvärvslåneförbudet i 21 kap 5 § ABL. Kritiken mot låneförbudet är stor men jag har valt att endast behandla två av de, enligt mig, mest intressanta frågorna om förbudets rättssäkerhet respektive straffsanktion. Övrig kritik ryms därför inte inom ramen för denna uppsats. Vidare har jag valt att enbart behandla nationell rätt och lämna internationella aspekter utanför för att få en hanterbar mängd information.

1.5. Metod och material

Jag har använt mig av traditionell rättsdogmatisk metod och således analyserat låneförbudets omfattning, rättssäkerhet och straffsanktion utifrån rättskällevärdet samt juridiska principer. Materialet jag utgått ifrån är framförallt aktiebolagslagens 21 kap men jag har även tagit hjälp av andra lagar, förarbeten, rättspraxis, beslut från regeringen och doktrin för att nå en mer djupgående förståelse för låneförbudets omfattning och kritiken emot det. Jag har även intervjuat en ekobrottsåklagare för att få en praktisk bild av hur låneförbudet används.

2. Bakgrund

Låneförbudet fördes 1973 in i 1944 års aktiebolagslags 75 a §. När den tidigare aktiebolagslagen (1975:1385) trädde i kraft hamnade förbudet i 12 kap 7 § för att slutligen placeras i den nuvarande aktiebolagslagens 21 kap 1 §. Förbudet motiverades med att det strider mot aktiebolagslagstiftningens grunder att en person ska kunna driva ett aktiebolag med den därav följande förmånen av frihet från personligt ansvar trots att bolagets tillgångar till stor del består i en fordran på honom själv. Detta skulle innebära en urholkning av säkerheten för både aktieägare, borgenärer och anställda. Den som vill driva ett företag vars kreditsäkerhet i realiteten är hans egen betalningsförmåga bör därför inte kunna välja aktiebolagsformen.¹ Aktiebolagsutredningen föreslog därför att aktiebolag endast skulle få lämna lån till styrelseledamot eller aktieägare inom ramen för bolagets utdelningsbara medel och med villkoret att betryggande säkerhet ställdes. I den kommande lagen blev förbudet betydligt strängare i syfte att motverka skatteflyktstransaktioner. Möjligheten att genom lån ta ut pengar för privat konsumtion stängdes genom att låneförbudet gjordes absolut, det vill säga oberoende av gäldenärens betalningsförmåga. Aktieägaren, styrelseledamöter och verkställande direktörer skulle därmed tvingas att ta ut pengar i form av lön, arvode eller utdelning och medlen skulle då bli lagenligt beskattade.²

Inför 2005 års aktiebolagslag föreslog aktiebolagskommittén att låneförbudet skulle ersättas med liknande lånerestriktioner som aktiebolagsutredningen föreslagit 1973.³ I förarbetena togs även upp att låneförbudet blivit hårt kritiserat eftersom det anses principiellt felaktigt att genom civilrättslig lagstiftning på det associationsrättsliga området försöka förhindra en viss typ av skatteplanering.⁴ Lagstiftaren valde dock att behålla förbudet mot närståendelån eftersom de menade att nyttan av ett borttagande av förbudet var förhållandevis begränsad. Visserligen kan det vara värdefullt för en aktieägare att kunna låna pengar från sitt eget bolag eftersom ett sådant lån kan bli billigare än ett vanligt banklån, speciellt om det lämnas på icke-affärsmässiga villkor. Men eftersom en sådan transaktion givetvis bör utlösa beskattning bör detta förta en del av nyttan.⁵

I förarbetena pekade regeringen även på riskerna för en oönskad sammanblandning av å ena sidan bolaget ekonomi och å andra sidan aktieägarnas och företagsledningens ekonomier. Att ta bort förbudet mot närståendelån skulle göra det svårare att upprätthålla en skiljelinje mellan

¹ Prop. 1973:93 s. 59.

² Prop. 1973:93 s. 90-92.

³ SOU 2001:1 s. 373.

⁴ Prop. 2004/05:85 s. 427.

⁵ Prop. 2004/05:85 s. 428.

bolagets och aktieägarnas ekonomier samt att kontrollera mellanhavanden mellan bolaget och de personer som står bakom det. Det kunde heller inte uteslutas att möjligheten för aktiebolag att lämna lån till sina aktieägare skulle kunna missbrukas av den som önskar kringgå kapitalskyddsreglerna. Till sist framförde regeringen att låneförbudet fyllde en funktion i arbetet mot oseriös verksamhet.⁶

3. Låneförbudets omfattning

3.1. Begreppet lämna penninglån

Förbudet avser penninglån enligt 21 kap 1 § och tar sikte på lån av pengar. Lindskog menar därför att lån av annan generisk egendom såsom olja och värdepapper faller utanför förbudet.⁷ Nerep å andra sidan anser att om till exempel en styrelseledamot lånar olja av sitt aktiebolag och efter ett antal år lämnar samma mängd olja med samma kvalitet, transaktionen är att se som en exceptionell form av varukredit och således ett maskerat lån. I bedömningen bör också andra omständigheter tas hänsyn till såsom det utlånande bolagets verksamhet, vad som är sedvanligt för den här typen av transaktioner, låntagarens verksamhet osv. Vidare menar Nerep att utlåning av annat än pengar i princip bör betecknas som förbjuden om det utlånas erfarenhetsmässigt utan större svårigheter och utan dröjsmål kan omvandlas i pengar, det vill säga fungibel egendom och bulkvaror med stabil marknad.⁸

Vidare krävs att det har avtalats att mottagaren ska vara återbetalningspliktig för att fråga ska vara om lån. Detta skiljer penninglån från bland annat vinstutdelning.⁹ Om ett uttag görs i ett litet aktiebolag kan fråga ofta uppkomma hur uttaget ska karaktäriseras. Presumtionen anses vara att återbetalningsavsikt inte föreligger och att uttag således är att betrakta som lön.¹⁰

Någon närmare definition av penninglån ges inte i lagtexten. I förarbetena till 1975 års aktiebolag uttalades dock att reglerna inte omfattar normala varukrediter.¹¹ Definitionen av normala varukrediter är inte helt klar men utgångspunkten bör vara de varukreditvillkor som gäller i allmänheten i den bransch som varukrediten ges. Referenspunkter bör vara kreditlängd, avkastningsränta och eventuellt dröjsmålsränta.¹² Är kreditvillkoren ovanligt förmånliga kan det finnas anledning att behandla krediten som ett maskerat penninglån.¹³ Lindskog är av den

⁶ Prop. 2004/05:85 s. 427-428.

⁷ Lindskog s. 159.

⁸ Nerep s. 305-306.

⁹ Lindskog s. 159.

¹⁰ SOU 1989:2 s. 170.

¹¹ Prop. 1973:93 s. 133.

¹² Nerep s. 296.

¹³ Prop. 1973:93 s. 133.

uppfattningen att syftet med transaktionen istället ska vara avgörande. Förbudet bör till exempel träffa en transaktion då bolaget på kredit säljer en tillgång till en närstående med avsikt att denne ska belåna egendomen och på så sätt erhålla likviditet.¹⁴ I RÅ 1984 1:90 ansåg regeringsrätten att osedvanligt förmånliga kreditvillkor förelåg och att krediten därför stred mot förbudet mot närståendelån. Inom doktrinen har avgörandet dock ansetts ha lågt prejudikatvärde på grund av dels sin skatterättsliga natur och dels att dissidenterna i regeringsrätten uttryckligen påpekat att majoritetens ställningstagande sannolikt inte överensstämde med den bedömning som skulle ha gjorts om fallet prövats i allmän domstol.¹⁵ Om en del av varukrediten skulle utgöra ett penninglån, får hela varukrediten anses vara förbjuden. Någon uppdelning där endast den del som överskrider de sedvanliga kreditvillkoren ska anses förbjuden är inte aktuell. Vidare får förutsättas, mot bakgrund av att utlåningsförbudet är straffsanktionerat, att säkerhetsmarginalen till vad som betecknas som penninglån är stor och avvikelser från de gängse kreditvillkoren bör därför vara betydande.¹⁶

Förskott på lön, utgifter och arvode omfattas inte heller av förbudet. Då huvudaktieägare gör à-contouttag för egen räkning och dessa bokförs på privatkonto eller proprikonto bör dessa betraktas som förskott på lön eller direkt löneutbetalning. Det förutsätts att sådana uttag slutregleras vid räkenskapsårets utgång.¹⁷ Lindskog anser att för att uttag ska kunna betraktas som förskott på lön eller arvode krävs att avsikten verkligen är att visst arbete ska utföras för bolaget och att förskottet inte överstiger vad bolaget rimligen kan ha att betala för detta.¹⁸ Nerep fäster däremot inte vikt vid de subjektiva förhållandena utan tar sikte på storleken på förskottet. Han menar att det kan finnas skäl att betrakta onormalt stora förskottsuttag som lån. I bedömningen av om uttaget är normalt bör faktorer som tidigare förskottsuttag, bolagets ekonomiska situation, och intäktsmöjligheter, huruvida uttaget avser en eller flera månaders lön osv. beaktas. Säkerhetsmarginalen bör även här vara stor varför endast exceptionella förskottsuttag skall kunna ses som lämnande av penninglån.¹⁹

Inlåning i bank omfattas i och för sig av begreppet penninglån. Även om banken är närstående till aktiebolaget ska dock medel som sätts på bankräkning inte omfattas av förbudet.²⁰ Undantaget är motiverat av att det vid bankinlåning typiskt sätt inte är fråga om en åsyftad likviditetsöverföring från bolaget till den närstående banken. Lindskog menar att det inte kan

¹⁴ Lindskog s. 161.

¹⁵ Lindskog s. 161, Nerep s. 303 ff och Grosskopf s. 29.

¹⁶ Nerep s. 296.

¹⁷ Prop. 1973:93 s. 133.

¹⁸ Lindskog s. 160.

¹⁹ Nerep s. 301.

²⁰ Prop. 1973:93 s. 133.

uteslutas att en större likviditetssyftande inlåning i en liten bank av ett stort bolag i mer extrema undantagsfall kan träffas av förbudet.²¹

Förbudet mot närståendelån träffar även gäldenärsbyte, till exempel i det fall där en person inom den förbjudna kretsen övertar en redan befintlig skuld till bolaget på grund av tidigare lämnat tillåtet eller förbjudet lån.²² Denna situation bör omfattas av förbudet eftersom risken för lättsinnig kreditvärdighetsprövning finns vid gäldenärsbyte såväl som vid en nyutlåning.²³ Gäldenärsbyte förutsätter borgenärens samtycke vilket enligt Nerep bör vara tillräckligt för att uppfylla kravet på aktivitet från bolagets sida.²⁴ Sten hävdar dock att en sådan tolkning av rekvisitet penninglån inte framstår som tillräckligt restriktiv.²⁵ Vidare är låneförbudet tillämpligt vid borgenärsbyte, där ett aktiebolag övertar en fordran på någon inom den förbjudna kretsen från annan fysisk eller juridisk person.²⁶

Förbudet mot närståendelån omfattar också ställandet av säkerhet för penninglån enligt 21 kap 3 § ABL. Det är alltså förbjudet för ett aktiebolag att ställa pant, borgen eller garanti för förbindelser som görs av den förbjudna kretsen. Huruvida så kallade halvgångna garantier i form av brev med rubriceringar såsom Letter of Comfort, Letter of Awareness, Letter of Intent osv ska anses utgöra ställande av säkerhet enligt 21 kap 3 § ABL är beroende av innehållet i det enskilda brevet. Bedömningen bör primärt göras med bakgrund av en tolkning av stödbrevets innehåll och frågan om brevet har juridiskt bindande karaktär eller inte.²⁷ Bestämmelsen tillkom med hänsyn till att ett ställande av säkerhet kan vara lika riskabelt för borgenärer som ett direkt penninglån. Även risken för skatteflykt har framhävts då personer kan låta sitt bolag ställa säkerhet för lån för privata konsumtionsändamål.²⁸

Det saknas betydelse huruvida låntagaren är solvent eller betalningsduktig, ställer tillfredsställande säkerhet för lånet eller inte, för att förbudet mot närståendelån ska bli tillämpligt. Låneförbudet är absolut i denna mening.²⁹

3.2. Den förbjudna kretsen

I 21 kap 1 § p 1 och 2 ABL stadgas att aktiebolag är förbjudna att lämna penninglån till den så kallade första kretsen vilken omfattar aktieägare, styrelseledamot och verkställande direktör i

²¹ Lindskog s. 161.

²² RÅ 1977 1:45, RÅ 81 1:1 och Nerep s. 284-285.

²³ Lindskog s. 162.

²⁴ Nerep s. 301.

²⁵ Sten s. 940 f.

²⁶ Nerep s. 285 och Lindskog s. 162.

²⁷ Nerep s. 283-284.

²⁸ Prop. 1973:93 s. 135.

²⁹ Prop. 1973:93 s. 91 och Nerep s. 285-286.

bolaget eller i annat bolag i samma koncern. Aktieägare definieras inte närmare i lagtexten. Avgörande bör dock vara aktieinnehavet, att personen inte är intagen i aktieboken bör därför sakna betydelse i objektivet hänseende. Med aktieägaren kan inte likställas den som har optionsrätt till aktiepost.³⁰ Av förarbetena framgår tydligt att kretsen av personer i ledande ställning även omfattar styrelsesuppleant och vice verkställande direktör vilket också följer av 8 kap 3 och 28 §§ ABL.³¹ Detta uttalande har dock kritiserats av Nerep och Lindskog vilka anser att en utvidgad personkrets är illa motiverad med hänsyn till att legalitetsprincipen bör vara bestämmande vid tolkning av förbudet. Nerep och Lindskog menar vidare att det normala i förhållande till övriga aktiebolagsrättsliga ansvarsregler torde vara att suppleanternas ansvar aktualiseras först då denne inträder som ordinarie suppleant eller verkställande direktör med den förutsättningen att detta sker med övriga styrelsens medverkan och en motsvarande viljeyttring från suppleantens sida.³²

Vidare ingår aktieägare, styrelseledamot och verkställande direktör i annat bolag i samma koncern i den första kretsen. Ett aktiebolag får därför varken lämna lån uppåt eller nedåt i koncernen. Begreppet koncern definieras i 1 kap 11 § ABL. Detta innebär att om ett handelsbolag äger ett aktiebolag och något koncernförhållande i aktiebolagslagens mening således inte föreligger, får inte penninglån lämnas till handelsbolaget eftersom detta är aktieägare men väl till bolagsmannen i handelsbolaget.³³ Motsvarande gäller när moderbolaget är ett utländskt bolag eftersom koncerndefinitionen i 1 kap 11 § ABL förutsätter att moderbolaget är ett svenskt aktiebolag, det vill säga ett aktiebolag bildat i enlighet med den svenska lagens regler och registrerat i det svenska aktiebolagsregistret.

Den första kretsen omfattar även styrelseledamot som utsetts av de anställdas organisationer i bolaget eller annat koncernföretag. Vidare omfattas revisorer inte av förbudet enligt 21 kap 1 § ABL. Enligt jävsbestämmelserna i 9 kap 17 § ABL får dock inte revisor stå i låneskuld till bolaget eller annat bolag inom samma koncern. Detta gäller även revisorssuppleant vilket följer av 9 kap 2 § ABL. Låneförbudet för revisor har tillkommit huvudsakligen för att upprätthålla revisors självständighet och oberoende i förhållande till styrelse och verkställande direktör. Det föreligger däremot inte hinder för att närstående till revisor upptar penninglån i bolaget. En sådan transaktion förefaller dock inte förenlig med god revisorsetik.³⁴

³⁰ Lindskog s. 162-163 not 58.

³¹ Prop. 1973:93 s. 95 och 133.

³² Nerep s. 280 och Lindskog s. 163.

³³ Lindskog s. 163.

³⁴ Nerep s. 282.

I 21 kap 1 § p 3 och 4 ABL stadgas att aktiebolag även är förbjudna att lämna lån till den så kallade andra kretsen, det vill säga personer som är närstående aktieägare, styrelseledamot och verkställande direktör. Denna krets består av den så kallade släktkatalogen vilken omfattar

- den som är gift eller sambo med eller är syskon eller släkting i rätt upp- eller nedstigande led till aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör, och
- den som är besvägrad med aktieägare, styrelseledamot eller verkställande direktör i rätt upp- eller nedstigande led eller så att den ene är gift med den andres syskon.

Släktkatalogen omfattar således make och sambo, far, mor, farfar, farmor, morfar, mormor, styvfar, styvmor, fars eller mors styvfar och styvmor, barn, barnbarn, barns make, barnbarns make, makes far och mor, makes farföräldrar och morföräldrar, makes barn, makes barnbarn, syskon, makes syskon, syskons make. Adoption har samma verkan som blodsband när det gäller släktskap i upp- och nedstigande led eller syskonskap.³⁵ Där närståendelänken utgörs av äktenskap är det tillräckligt om samboförhållande föreligger varför till släktkatalogen även hör barns sambo, barnbarns sambo, sambos far och mor, sambos far- och morföräldrar, sambos barn och barnbarn, sambos syskon och syskons sambo.³⁶ Begreppet sambo definieras i 1 § sambolagen (2003:376) såsom ”två personer som stadigvarande bor tillsammans i ett parförhållande och har gemensamt hushåll”.

Till den andra kretsen hör också juridiska personer över vilken någon tillhörande den första eller andra kretsen har bestämmande inflytande enligt 21 kap 1 § p 5 ABL. Med bestämmande inflytande torde menas om sådana förhållanden som anges i 1 kap 11 § 1 och 2 stycket ABL föreligger. I det enskilda fallet bör dock även andra förhållanden kunna ge upphov till bestämmande inflytande. Om personen i realiteten, på grund av aktieinnehav eller annars, dikterar den juridiska personens beslut torde till exempel bestämmande inflytande föreligga.³⁷ Förbudet omfattar också en juridisk person som flera personer, som ingår i första eller andra kretsen, tillsammans har bestämmande inflytande över. Om flera personer inom den första eller andra kretsen äger minoritetsposter i ett bolag som tillsammans representerar 50 procent av rösterna torde därför den juridiska personen ingå i den förbjudna kretsen.

³⁵ Prop. 2004/05:85 s. 429 och 802.

³⁶ Nerep s. 282.

³⁷ Prop. 1975:103 s. 492 och Lindskog s. 164.

3.3. Tidpunkt för lånet

Den brottsliga handlingen begås enligt Nerep i det ögonblick utbetalning sker eller säkerhet ställs. Civilrättsligt borde detta inträffa när det långivande bolaget på ett juridiskt bindande sätt åtagit sig att lämna lånet eller ställa säkerheten. Enligt förbudets ordalydelse ”lämna penninglån” krävs att lånebeloppet ställs till låntagarens förfogande. Därmed bör det straffrättsliga ansvaret inträda först i och med själva verkställandet av låneutbetalningen. Huruvida ett lån som är utfäst men inte utbetalt och därmed civilrättsligt bindande kan ses som lämnande av penninglån är osäkert enligt Nerep.³⁸ Lindskog anser å andra sidan att den kritiska tidpunkten för det straffrättsliga ansvaret uppkommer i det ögonblick låneavtalet ingås och inte då utbetalningen verkställs. Brott och straff förutsätter därmed inte någon utbetalning utan det är själva ingåendet av en juridiskt bindande överenskommelse om lån som utgör brottet.³⁹ Fråga är således inte om ett i straffrättsliga termer kallat perdurerande brott.⁴⁰

Den kritiska tidpunkten vid bedömning av om någon ingår i den förbjudna kretsen torde vara då lånet lämnas. Förbudet är inte tillämpligt då en person är låntagare och därefter inträder i den förbjudna kretsen.⁴¹ Har ett penninglån lämnats och personen därefter inträtt i den förbjudna kretsen, finns inget bärande argument för bolaget att vägra utbetalning. Däremot bör bolaget med iakttagande av avtalets uppsägningsregler säga upp lånet till betalning så snart det är möjligt. Om låneavtalet frivilligt förlängs bör det dock kunna konstituera ett nytt och därmed förbjudet lån.⁴² På samma sätt legaliseras heller inte ett förbjudet lån genom att en låntagare inom den förbjudna kretsen utträder därur.⁴³

3.4. Undantag

3.4.1. Kommunlån

Kommuner, landsting och kommunalförbund har undantagits från förbudet mot närståendelån. Undantaget tillkom i och med 1975 års aktiebolagslag och motiverades med att tillgodose kommuns tillfälliga behov av att stärka likviditeten genom lån från kommunägda bolag.⁴⁴ Undantaget skulle heller inte strida mot syftet med förbudet mot närståendelån eftersom det kan antas att kommuner inte till borgenärernas nackdel missbrukar möjligheten att låna från egna

³⁸ Nerep s. 292.

³⁹ Lindskog s. 165.

⁴⁰ Nerep s. 292.

⁴¹ Skog s. 119, Lindskog s. 165 och Nerep s. 291.

⁴² Lindskog s. 165-166.

⁴³ Nerep s. 291.

⁴⁴ Prop. 1975:103 s. 493 och prop. 2004/05:85 s. 430.

bolag eller att låta bolag ställa säkerhet för egna förpliktelser.⁴⁵ Någon större risk för skatteflykt föreligger heller inte. Undantaget gäller för lån direkt till kommun, landsting och kommunalförbund men däremot inte organ som dessa organ äger. Undantaget är heller inte tillämpligt på statliga myndigheter eller affärsdrivande verk som inte omorganiserats till aktiebolag.⁴⁶ Kommunalförbund definieras som ett sådant förbund som kommun och landsting får bilda enligt 3 kap 20 § kommunallagen(1991:900).

3.4.2. Koncernlån

Förbudet mot närståendelån gäller inte om gäldenären är ett företag i samma koncern i vilken det långivande bolaget ingår. Undantaget motiverades i förarbetena med att en koncern bör betraktas som en enhet. Från skattesynpunkt bör lån mellan koncernbolag kunna godtas eftersom koncernbidrag är avdragsgillt hos givaren men beskattas hos mottagaren. Enligt förarbeten utgör lån mellan koncernbolag från borgenärssynpunkt inte heller en lika riskfylld transaktion som penninglån till företagsledning eller aktieägare i gemen. Skulle långivaren inte vara betalningsduglig för lånet kan fordringsägarna alltid ta i anspråk den fordran koncernbolaget har gentemot annat bolag inom samma koncern.⁴⁷ Det senare motivet har blivit kritiserat. Nerep påpekar att varje lån, oavsett om det tas mellan koncernbolag, ger upphov till en fordran som långivaren kan ta i anspråk utifall gäldenären inte infriar sina förpliktelser. Problemet är emellertid att låntagarens ekonomi är avhängig långivarens och att fordrans värde därmed reduceras i takt med att långivarens ekonomi försämras.⁴⁸ Lindskog uttalar vidare att om ett moderbolag råkar i ekonomiska vanskligheter är det erfarenhetsmässigt snarare regel än undantag att bolaget försöker tillgodogöra sig dotterbolagets likviditet i syfte att rädda situationen.⁴⁹ De underliggande motiven för undantaget för koncernlån torde enligt Nerep istället vara allmänna skatterättsliga överväganden som bland annat innebär en betydligt mindre risk för skatteflykt vid koncernlån än vid andra förbjudna lån. Även affärsmässiga skäl är tungt vägande eftersom intresset inte gör sig gällande på samma sätt ifråga om lån till övriga inom den förbjudna kretsen.⁵⁰ Den nära intressegemenskapen som ofta föreligger mellan bolag inom samma koncern medför också att det i praktiken är mycket svårt att upprätthålla ett låneförbud.⁵¹

Begreppet koncern definieras i 1 kap 11 § ABL. En koncern föreligger endast då moderbolaget är ett svenskt aktiebolag. Vid införandet av 2005 års aktiebolagslag ansågs denna bestämmelse stå

⁴⁵ Lindskog s. 166, särskilt not 82.

⁴⁶ Nerep s. 308.

⁴⁷ Prop. 1973:93 s. 92-93.

⁴⁸ Nerep s. 310 not 311.

⁴⁹ Lindskog s. 167.

⁵⁰ Nerep s. 310-311 not 311.

⁵¹ Lindskog s. 166 och Nerep s. 310-311 not 311.

i strid med EU-rättens krav på att inte diskriminera rättssubjekt hemmahörande i annan medlemsstat. Därför har koncernbegreppet getts en vidare innebörd och ett moderbolag hemmahörande i en medlemsstat ges numera samma möjligheter som ett svenskt moderbolag att låna från ett svenskt dotterbolag. Undantaget är tillämpligt på utländska koncerner vars moderbolag är en motsvarande juridisk person med hemvist inom EES. Ett svenskt dotterbolag med ett tyskt moderbolag kan därför lämna lån till ett amerikanskt bolag som ingår i samma koncern. Är moderbolaget däremot amerikanskt och låntagaren ett tyskt bolag inom samma koncern kan undantaget inte tillämpas. Det är således moderbolagets hemvist som är avgörande.⁵²

Undantaget gäller även företagsgrupper där moderbolaget är av annat slag av svensk juridisk person än aktiebolag. Moderbolaget måste däremot vara bokföringsskyldigt enligt 2 kap 5 § bokföringslagen (1999:1078). I de fall då moderbolaget utgörs av staten eller av sådan stiftelse vars tillgångar får användas endast för bestämda fysiska personer kan därför undantaget för koncernlån inte tillämpas. Utgörs moderbolaget å andra sidan av ett svenskt handelsbolag eller kommanditbolag oavsett om bolagsmännen är fysiska eller juridiska personer, en svensk ekonomisk förening eller en svensk stiftelse är undantaget för koncernlån alltid tillämpligt.

Vidare är undantaget för koncernlån tillämpligt på kommunal- och landstingsägda företagsgrupper. Ett kommunalägt bolag kan därför lämna lån, inte enbart till kommunen som sådan, utan även till andra bolag över vilka kommunen har ett bestämmande inflytande.⁵³

Undantaget för koncern är tillämpligt så snart ett koncernförhållande föreligger. Tidpunkten för när ett koncernförhållande föreligger är dock tvistigt i doktrinen. Grosskopf menar att det är tillträdet av aktierna som är den kritiska tidpunkten. Har mer än hälften av aktierna då tillträtts är bolagen moderbolag och dotterbolag.⁵⁴ Lindskog menar att koncernförhållande föreligger först då förvaltningsbefogenheterna materiellt tillkommer det köpande bolaget. Huruvida köparen är införd i aktieboken eller inte bör sakna betydelse.⁵⁵ Nerep å andra sidan hävdar att den kritiska tidpunkten borde vara vid den sakrättsliga ägandeätten, det vill säga då aktierna traderas till förvärvaren, eller om aktierna förvaras av tredje man, när denne denuncieras om överlåtelsen.⁵⁶ Eftersom den kritiska tidpunkten varken är omnämnd i lagtext eller förarbeten får det anses oklart i vilket ögonblick ett koncernförhållande bildas.

⁵² Prop. 2004/05:85 s. 431 och 804.

⁵³ Prop. 2004/05:85 s. 431 och 804.

⁵⁴ Grosskopf s. 34.

⁵⁵ Lindskog s. 167.

⁵⁶ Nerep s. 311-312.

3.4.3. Kommersiella lån

Lån som är uteslutande för gäldenärens rörelse och lämnas av långivaren av rent affärsmässiga skäl är undantagna från förbudet mot närståendelån enligt 21 kap 2 § 1 stycket 3 p ABL. Den bakomliggande tanken är att fiskala skäl inte motiverar ett förbud eftersom lånet per definition inte får användas för privatkonsumtion.⁵⁷ Däremot kan undantaget knappast motiveras från borgenärssynpunkt eftersom kommersiella penninglån typiskt sett inte kan anses mindre riskfyllda än privata.⁵⁸ Det tyngsta skälet borde vara det nationalekonomiska, det vill säga att normala affärstransaktioner inte bör hämmas av undersökningar vid varje särskild lånetransaktion beträffande om låntagaren ingår i den förbjudna kretsen eller inte. Typiskt sett är de kommersiella lånen i det långivande bolagets intresse och kan antas påverka bolagets ekonomiska situation på ett gynnsamt sätt.⁵⁹

Begreppet rörelse inbegriper all näringsverksamhet, oberoende av om den drivs av en fysisk eller juridisk person och oavsett om den är vinstsyftande eller ej.⁶⁰ Verksamheten måste dock ha en viss omfattning, varaktighet och regelbundenhet. Helt tillfälliga verksamheter omfattas därför inte. Jord- och skogsbruk, fastighetsförvaltning och statlig och kommunal verksamhet av ekonomiskt slag är exempel på vad som omfattas av begreppet rörelse.⁶¹ Med bakgrund av legalitetsprincipen bör begreppet rörelse tolkas extensivt.⁶² För att lånet ska vara tillåtet krävs vidare att det tillkommit i och för rörelsen vilket innebär att ett lån som upptas innan rörelsen etablerats eller i samband med själva etableringen inte omfattas av undantaget.⁶³

Vidare krävs att lånet är uteslutande för gäldenärens rörelse. Kravet kom huvudsakligen till för att förhindra lån för privat konsumtion och innebär inte att lånets koppling till den aktuella rörelsen behöver vara av mer komplicerat slag.⁶⁴ Det kan bli problematiskt om det långivande bolaget utgår ifrån att lånet ska användas till gäldenärens rörelse men låntagaren istället använder medlen till privata ändamål. I regel saknas skäl för långivaren att ifrågasätta låntagaren om denne deklarerar att medlen ska användas till rörelsen.⁶⁵ En bedömning bör göras i det enskilda fallet

⁵⁷ Nerep s. 313-314.

⁵⁸ Lindskog s. 167-168 not 95.

⁵⁹ Nerep s. 317.

⁶⁰ Prop. 2004/05:85 s. 804.

⁶¹ Nerep s. 315.

⁶² Lindskog s. 169.

⁶³ Grosskopf s. 32.

⁶⁴ Prop. 2004/05:85 s. 804.

⁶⁵ Nerep s. 315.

men klart torde ändå vara att avsikten är bestämmande. Att medlen inte kommer till avsedd användning gör inte lånet förbjudet.⁶⁶

En tredje förutsättning för undantaget för kommersiella lån är att det långivande bolaget ska lämna lånet av rent affärsmässiga skäl. Affärsmässigheten ska bedömas utifrån det långivande bolagets intressen och lånet ska därför, direkt eller indirekt, vara ägnat att främja den verksamhet som bolaget driver. Befrämjande av den egna verksamheten föreligger till exempel om lånet lämnas för att finansiera en verksamhet som bolaget självt ska ta del i eller om bolaget har ett intresse av att den kommer till stånd.⁶⁷ Vidare bör utrymmet för okloka affärstransaktioner vara stort med bakgrund av legalitetsprincipen. Utlåning till mer förmånliga villkor än marknaden i övrigt kan erbjuda borde därför godtas om lånet utgör ett led i ett långsiktigt samarbete och till och med om det endast utgör en förhoppning om ett sådant samarbete. Svårigheterna att säga emot det långivande bolagets påstående om affärsmässigt betingad utlåning torde därmed vara stora. Marknadsmässig utlåning bör å andra sidan i princip alltid vara undantaget. Undantaget för kommersiella lån torde därför få en stor räckvidd.⁶⁸

3.4.4. Riksgäldslån

Lån som har tagits upp av Riksgäldskontoret enligt lagen (1988:1387) om statens upplåning och skuldförvaltning är undantagna från förbudet mot närståendelån. Undantaget motiveras med att en strikt tolkning av låneförbudet skulle innebära att statliga bolag inte har rätt att göra placeringar i statsobligationer och att Riksgäldskontoret inte heller i övrigt har någon rätt att ta emot lån från statliga bolag. Dessa begränsningar är inte avsedda med låneförbudet och undantas därför enligt 21 kap 2 § 1 stycket 4 p ABL.⁶⁹

3.4.5. Småaktieägarlån

I 21 kap 2 § 3 stycket ABL stadgas slutligen ett undantag från förbudet mot närståendelån för lån till aktieägare eller dennes närstående om låntagaren och dennes närståendes sammanlagda aktieinnehav i bolaget inte uppgår till en procent av aktiekapitalet. Undantaget omfattar således inte verkställande direktör eller styrelseledamot i bolaget. Begreppet närstående omfattar inte bara personer som ingår i den så kallade släktkatalogen utan också juridiska personer över vilka

⁶⁶ Nerep s. 315 och Lindskog s. 169.

⁶⁷ Prop. 2004/05:85 s. 804.

⁶⁸ Nerep s. 320.

⁶⁹ Prop. 2004/05:85 s. 430.

låntagarens släktingar har ett bestämmande inflytande. Undantaget tillkom för att möjliggöra lån till anställda som också äger aktier i bolaget.⁷⁰

Enprocentsspärren torde få mest praktisk användning i mindre bolag där det i allmänhet är klart vilka som är aktieägare. Är ägandet däremot spritt, såsom ofta i större bolag, torde aktiekapitalet i allmänhet vara så stort att låntagaren kan utgå ifrån att han eller hon tillsammans med närstående inte äger mer än en procent. Det bör dock räcka med att långivaren vid långivning till anställda frågar om låntagaren äger mer än en procent, inklusive närståendes aktieinnehav. Om svaret blir nekande och bolaget inte har anledning att ifrågasätta svarets riktighet kan lån lämnas.⁷¹

4. Dispens

Skatteverket har viss möjlighet att ge dispens från förbudet mot närståendelån enligt 21 kap 8 § ABL. Gäller det aktiebolag som står under Finansinspektionens tillsyn är det istället inspektionen som är dispensmyndighet. Dispensmöjligheten motiveras med nödvändigheten att det finns viss flexibilitet när det gäller tillämpningen av låneförbudet.⁷² Undantag från förbudet mot närståendelån får endast medges om det finns synnerliga skäl. Dispensmöjligheten ska tillämpas mycket restriktivt med särskilt beaktande av att lånemöjligheterna inte får utnyttjas i skatteflyktssyfte. Avgörande vikt ska fästas på ändamålet med lånet. Ett lån för privat konsumtion ska därför inte ges dispens, till exempel lån till verkställande direktören för förvärv av bostad. Vidare nämns i förarbetena att lån bör ges tillstånd om det ges för en av personalpolitiska skäl betingad långivning till arbetstagarledamöter i bolagets styrelse.⁷³

När en dispensansökan har gjorts, ska bolagets kända borgenärer höras över ansökan enligt 21 kap 9 § ABL. Hörande av borgenärerna behöver inte ske om deras ställning uppenbarligen inte påverkas av att ansökan bifalls. Vidare skulle alla stora bolag med tiotusentals borgenärer i praktiken aldrig kunna ansöka om dispens om denna undantagsbestämmelse inte fanns.⁷⁴

Om en borgenär begär det ska bolaget betala hans eller hennes fordran alternativt ställa betryggande säkerhet för den, innan ansökan kan bifallas. Är fordran förfallen till betalning bör inte borgenären behöva nöja sig med att säkerhet ställs. Är fordran däremot inte förfallen till betalning bör bolaget ha rätt att välja mellan att betala fordran eller att ställa säkerhet för den.⁷⁵ Borgenärernas rätt till betalning eller säkerhet är absolut enligt lagtexten vilket innebär att denna

⁷⁰ Nerep s. 322.

⁷¹ Prop. 1975:103 s. 495.

⁷² Prop. 2004/05:85 s. 434.

⁷³ Prop. 1973:93 s. 135 och Skog s. 120.

⁷⁴ Skog s. 121.

⁷⁵ Lindskog s. 188.

rätt gäller även om det inte ansetts erforderligt att höra borgenärerna och oavsett om det skulle påverka denne borgenärs ställning om ansökan bifölls.⁷⁶

Det ställs inget lagstadgat krav på att säkerhet ska ställas för lånet men det bör antas att en betryggande säkerhet är ägnad att öka utrymmet för dispens.⁷⁷ Ställs ingen betryggande säkerhet uppkommer frågan om lånet, trots medgiven dispens, skulle kunna utgöra förtäckt vinstutdelning. Skulle lånet gå utöver de utdelningsbara medlen i bolagets balansräkning kan lånet tänkas utgöra en olaglig värdeöverföring trots medgiven dispens. Vid dispensansökan hörs endast de nuvarande kända borgenärerna. Reglerna om olaglig värdeöverföring i 17 kap ABL är däremot till för att skydda även de nuvarande okända samt de framtida borgenärerna. Därmed kan det mycket väl tänkas att Skatteverkets dispensförfarande inte skyddar ett medgivet lån från att också utgöra en olaglig värdeöverföring.⁷⁸

Styrelsen och verkställande direktören ska varje räkenskapsår upprätta en särskild förteckning över förskott, lån och säkerheter som givits genom dispensförfarandet enligt 21 kap 10 § ABL. Förteckningen ska bevaras under minst tio år efter utgången av det räkenskapsår som förteckningen avser.

5. Lån i strid med 17 kap ABL

I förarbetena till det ursprungliga låneförbudet föreslog aktiebolagsutredningen att förbudet mot närståendelån skulle införas med undantag bland annat för lån som höll sig inom ramen för bolagets fria egna kapital. Eftersom det fria egna kapitalet kunde disponeras som vinstutdelning till aktieägare fanns det ingen ökad risk för borgenärerna om bolaget lämnade lån till aktieägare som höll sig inom de utdelningsbara medlen. Bolagets hela bundna kapital skulle därmed skyddas.⁷⁹ Lagstiftaren valde dock att slopa utredningens förslag till förmån för ett mer restriktivt låneförbud där alla lån kriminaliserades oavsett om betryggande säkerhet ställdes eller om bolagets bundna kapital var skyddat. Inför 2005 års aktiebolagslag föreslog kommittén återigen att det skulle vara tillåtet för bolag att lämna lån till personer inom den förbjudna kretsen under förutsättning att de utlånade medlen rymdes inom vad som skulle ha kunnat tas i anspråk som en värdeöverföring från bolaget. Förslaget motiverades med att lånereglerna systematiskt och sakligt hör hemma bland övriga kapitalskyddsregler och därför bör utformas enligt samma principer som dessa. Låneförbudet i 2005 års aktiebolag kom dock att få en ännu strängare utformning vilket

⁷⁶ Skog s. 121.

⁷⁷ Nerep s. 352 och Lindskog s. 187.

⁷⁸ Skog s. 121.

⁷⁹ Prop. 1973:93 s. 59.

motiverades bland annat av att det fanns starka principiella skäl att upprätthålla en skiljelinje mellan bolagets respektive företagsledningens ekonomier.⁸⁰

Kapitalskyddsreglerna och låneförbudsreglerna regleras i olika kapitel i ABL, 17 kap respektive 21 kap. Vid lämnande av lån måste dock båda regelverken prövas för att lånet ska vara tillåtet. Långivning till en person som inte ingår i den förbjudna kretsen kan vara tillåten enligt 21 kap ABL men däremot utgöra en olaglig värdeöverföring och således strida mot 17 kap ABL. Kapitalskyddsregler är tillämpliga oavsett om låneförbudsreglerna aktualiseras eller inte. Sanktionerna är därför delvis andra. Kapitalskyddsreglerna sanktioneras främst civilrättsligt eftersom utbetalningen ska återbäras. I vissa fall kan utbetalningen vara straffrättsligt sanktionerad på grund av bestämmelserna om borgenärsbrott i 11 kap brottsbalken (1962:700).⁸¹ Låneförbudets sanktioner diskuteras nedan.

6. Rättsföljder

6.1. Civilrättsligt

Det var tidigare oklart huruvida en överträdelse av låneförbudet innebar att lånet blev ogiltigt eller inte. Före 2005 års aktiebolag var huvudregeln att ogiltighet inte skulle inträda.⁸² I NJA 1992 s 717 gjordes dock ett undantag från huvudregeln. I nuvarande aktiebolagslag är huvudregeln den motsatta, det vill säga att ogiltighet inträder vid överträdelse av låneförbudet. Regeln kommer till uttryck i 21 kap 11 § ABL vilken stadgar att mottagaren omedelbart ska återbära vad han eller hon uppburit i strid med bestämmelserna i 21 kap ABL. Att den civilrättsliga följden är ogiltighet innebär att bolaget har separationsrätt till lånebeloppet om det finns identifierbart hos låntagaren. Rättsföljden ogiltighet med omedelbar återbäringsskyldighet är samma som vid olagliga värdeöverföringar enligt 17 kap ABL. Vid överträdelse av låneförbudet inträder återbäringsskyldigheten, till skillnad mot transaktioner i strid med reglerna om olagliga värdeöverföringar, oberoende av mottagarens onda eller goda tro. Detta innebär att låntagaren till exempel inte kan hävda att han eller hon inte förstått att han eller hon ingick i den förbjudna kretsen.⁸³

Vid ställande av säkerhet i strid med bestämmelserna i 21 kap ABL är den civilrättsliga följden också ogiltighet. För att ogiltigheten ska inträda krävs dock att mottagaren av säkerheten är i ond tro vid mottagandet. Den som lämnat lån med säkerhet ställd av bolaget kan därför inte åberopa

⁸⁰ Prop. 2004/05:85 s. 427.

⁸¹ Nerep s. 273-274.

⁸² Prop. 1975:103 s. 496 och 772.

⁸³ Prop. 2004/05:85 s. 435-436.

säkerheten mot bolaget, om denne insett eller bort inse att låntagaren ingick i den förbjudna kretsen. Rekvisitet ”insett eller bort inse” ska prövas i förhållande till vad mottagaren till säkerheten i det enskilda fallet haft för insyn i bolaget. Några noggranna undersökningar av låntagarens relation till bolaget, utöver vad som är brukligt i affärsförhållanden av förevarande slag, bör inte kunna krävas av mottagaren till säkerheten. Vidare ligger bevisbördan för att mottagaren var i ond tro på bolaget.⁸⁴

En överträdelse av förbudet mot närståendelån kan också aktualisera skadeståndsansvar enligt 29 kap 1 § 1 meningen ABL vilket stöds av både ett uttalande i förarbetena och av praxis.⁸⁵ I NJA 1976 s 618 uttalade rätten att både straffansvar och eventuellt skadeståndsansvar kan bli aktuellt för den som överträtt låneförbudet. Lindskog menar att den skada bolaget kan lida är att låntagaren inte förmår betala sin lånefordring alternativt regressfordring, om fråga är om säkerställande, till bolaget. För att en styrelseledamot eller verkställande direktör ska bli ansvarig för sådan skada krävs oaktsamhet eller uppsåt som ska vara adekvat i förhållande till skadan. Vårdslös kreditgivning kan föreligga då styrelseledamot eller verkställande direktör lämnar lån alternativt ställer säkerhet för lån till någon inom den förbjudna kretsen då det står klart för vederbörande, vid låne- eller säkerställandetillfället, att risk för skada genom bristande betalningsförmåga samtidigt förelåg.⁸⁶

Långgivning eller ställande av säkerhet till någon inom den förbjudna kretsen kan dock inte automatiskt aktualisera ett skadeståndsansvar för den som beslutat om lånet eller säkerheten. Har låntagaren en utomordentlig återbetalningsförmåga innebär långivningen inte risk för skada för bolaget och kreditgivningen kan då heller inte anses oaktsam. Skulle enbart ett åsidosättande av förbudet mot närståendelån vara tillräckligt för att grunda skadeståndsansvar skulle det innebära att styrelseledamot eller verkställande direktör kunde ådra sig ett direkt betalningsansvar för bolagets ifrågavarande anspråk vilket är svårt att godta utan särskilt lagstöd.⁸⁷ Kleineman förtydligar Lindskogs argumentation ytterligare. Om lånet inte hade givits, hade ingen skada skett, men detta är inte nog för att utlösa ett skadeståndsansvar. Därmed skulle lånet vara en nödvändig betingelse för skadan, men inte en tillräcklig betingelse. Hade lånet därför getts till en betalningsduktig låntagare eller hade en betryggande säkerhet ställts för lånet, skulle fortfarande en överträdelse av förbudet mot närstående föreligga, men någon skada har inte uppkommit.⁸⁸

⁸⁴ Prop. 2004/05:85 s. 436 och 808.

⁸⁵ SOU 1971:15 s. 324.

⁸⁶ Lindskog s. 181.

⁸⁷ Lindskog s. 181.

⁸⁸ Kleineman s. 717.

Lindskog menar också att en styrelseledamot eller verkställande direktör eventuellt också skulle kunna bli skadeståndsansvariga enligt 29 kap 1 § 2 meningen ABL på grund av att en bestämmelse i ABL överträtts. Nerep anser även att man kan snegla på 2 kap 2 § skadeståndslagen (1972:207) som stadgar att ren förmögenhetsskada ska ersättas av den som vållar skadan genom brott. Eftersom låneförbudet är straffsanktionerat kan det därför mycket väl ligga till grund för ett skadeståndsanspråk. Att detta är fallet stöder Nerep på ett uttalande obiter dictum i NJA 1976 s 618.⁸⁹ Lindskog för dock samma resonemang som ovan, det vill säga att den skada som vållas bolaget genom att låntagaren saknar återbetalningsförmåga inte kan anses vara orsakad av överträdelse av förbudet mot närståendelån. Det är den oaktsamma kreditgivningen som medför skada för bolaget, inte själva åsidosättandet av låneförbudet. Sammanfattningsvis bör rättsläget anses vara oklart i fråga om en överträdelse av förbudet mot närståendelån kan anses öppna upp för ett skadeståndsansvar som enligt 29 kap 1 § 2 meningen ABL förutsätter en överträdelse av bestämmelserna i ABL.⁹⁰

6.2. Straffrättsligt

Den som med uppsåt eller grov oaktsamhet bryter mot förbudet mot närståendelån straffas med böter eller fängelse i högst ett år enligt 30 kap 1 § 4 p ABL. Preskriptionstiden är fem år. I förarbetena uttalas att för att respekten för låneförbudena ska kunna upprätthållas är det nödvändigt med en tydlig och kraftfull sanktion vid överträdelser.⁹¹ Vad som krävs för grov oaktsamhet tar närmast sikte på om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen eller hans eller hennes bedömning av syftet med lånet. Frågan blir då hur långt långgivarens undersökningsplikt sträcker sig. Den omständigheten att endast grov oaktsamhet kan grunda straffansvar innebär att någon mer ingående efterforskning inte rimligen kan krävas. Särskilt gäller detta bolag med en omfattande aktieägarkrets. Om den som lämnat lån eller ingått ansvarsförbindelse har frågat motparten om denne ingår i den förbjudna kretsen och frågan har besvarats nekande, torde inget straffrättsligt ansvar kunna uppkomma. Motparten har heller ingen skyldighet att fråga sina släktingar huruvida de äger aktier i bolaget.⁹²

De som agerar i och för bolaget med avseende på den straffbara handlingen, det vill säga lämnande av lån eller ställande av säkerhet, kan träffas av straffansvaret.⁹³ Lindskog menar att styrelseledamöter och verkställande direktörer bör vara primärt ansvariga oavsett om det är dem som verkställer utbetalningen eller beordrar en anställd att göra utbetalningen. Även aktieägare,

⁸⁹ Nerep s. 416-417.

⁹⁰ Lindskog s. 181-182.

⁹¹ Prop. 2004/05:85 s. 435.

⁹² Prop. 1975:103 s. 491.

⁹³ Prop. 1975:103 s. 575, Nerep s. 286 och Lindskog s. 177.

om beslutet är förankrat bland dessa, kan bli ansvariga. Vidare borde ställföreträdare som på något bolagsorgans uppdrag verkställer ett beslut om lån eller ansvarsförbindelse kunna bli ansvariga.⁹⁴

Den som medverkar till gärningen kan också ådömas ansvar enligt 23 kap 4 § brottsbalken. Straff för medverkan träffar dock normalt inte låntagaren själv, om han inte gör något annat än begär ett lån och tar emot det, på grund av så kallad nödvändig medverkan (*concursus necessarius*).⁹⁵ Den som medverkar ska bedömas efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom eller henne till last. Lindskog menar att för medverkan av styrelseledamot och verkställande direktör är det sannolikt tillräckligt med vetskap om planerad utbetalning av ett förbjudet lån. Vidare anser Lindskog att personer med organställning bör ha en äventyrad plikt att försöka avstyra lämnande av förbjudna lån eller ställande av förbjudna säkerheter. Det bör dock vara tillräckligt att personen i organställning klargör sin situation inför den som är drivande.⁹⁶

Person som inte intar organställning i bolaget kan också ådömas medverkansansvar. Det bör dock förutsättas en aktiv medverkan. Gör personen inte mer än vad som krävs för att lånet eller säkerheten ska komma till stånd kan denne därför inte straffas för medverkansansvar enligt *concursus necessarius*.⁹⁷

Den omständigheten att låneförbudet är straffsanktionerat innebär att det ska tillämpas restriktivt av rättssäkerhetsskäl. Det är framförallt legalitetsprincipen som ligger till grund för den restriktiva tillämpningen. Vid lagtolkning skapar låneförbudets dubbla karaktär av både civilrätt och straffrätt praktiska problem, till exempel vid transaktioner som inte faller in under låneförbudets ordalydelse men ändå framstår som ett kringgående av förbudet.⁹⁸ Var gränserna för begreppet lämna penninglån går är av vital betydelse vid en bedömning av om en tänkt betalnings- eller finansieringsmodell av ett aktieköp är tillåten eller inte. Vid en alltför restriktiv bedömning skulle troligen syftet med låneförbudet urholkas. Vid en alltför extensiv tolkning skulle däremot en mängd vanliga förfaranden vid företagsförvärv vara att betrakta som otillåtna lån.⁹⁹ Problematiken diskuteras mer ingående i avsnitt 7.1.

⁹⁴ Lindskog s. 177.

⁹⁵ Prop. 1975:103 s. 576 och Skog s. 122.

⁹⁶ Lindskog s. 178.

⁹⁷ Nerep s. 414-415 och Lindskog s. 178.

⁹⁸ Skog s. 123.

⁹⁹ Sten s. 937.

6.3. Skatterättsligt

Om ett lån har lämnats till en fysisk person i strid med 21 kap 1 § ABL ska den fysiska personen ta upp lånebeloppet som en intäkt i inkomstslaget tjänst enligt 11 kap 45 § 1 stycket IL. Detta gäller då den fysiska personen är låntagare eller direkt eller indirekt, genom ett eller flera svenska handelsbolag, är delägare i ett svenskt handelsbolag som är låntagare. Bestämmelsen ska inte tillämpas om det finns synnerliga skäl mot det. Är låntagaren istället en juridisk person ska lånebeloppet tas upp som intäkt i inkomstslaget näringsverksamhet enligt 15 kap 3 § 1 stycket IL. Bestämmelsen gäller inte om den juridiska personen är ett aktiebolag eller om synnerliga skäl talar mot att ta upp beloppet som intäkt. Syftet med reglerna är att motverka att pengar tas ut från bolagssektorn och därför saknas det skäl att beskatta lån mellan bolag.¹⁰⁰ Bestämmelserna i 11 kap 45 § och 15 kap 3 § IL gäller också lån som lämnats av en utländsk juridisk person som motsvarar ett svenskt aktiebolag om lånebeloppet skulle ha tagits upp som intäkt om den utländska juridiska personen hade varit ett svenskt aktiebolag enligt andra stycket i tidigare nämnda paragrafer. Huruvida ett lån är förbjudet och ska tas upp som intäkt i inkomstslaget tjänst alternativt näringsverksamhet bygger helt och hållet på civilrättsliga överväganden.¹⁰¹

Vad gäller undantag på grund av synnerliga skäl så uttrycks i förarbetena att en omständighet som kan föranleda att beskattning inte ska ske är då lånet återbetalas. Återbetalning som utesluter beskattning måste dock bedömas mycket restriktivt. Det måste vara fråga om en definitiv återbetalning och inte om så kallade rullande lån.¹⁰²

Regeringsrätten har prövat frågan om synnerliga skäl föreligger i fyra fall. I RÅ 2004 ref 116 uttalade regeringsrätten att undantag ska göras endast i extraordinära fall då beskattning av lånebeloppet skulle uppfattas som oskäligt eller rent av stötande. Alla omständigheter i fallet bör läggas till grund för bedömningen. Av särskild betydelse kan dock omständigheter ha såsom lånets samband med bolagets verksamhet och dess syfte överhuvudtaget, bolagets säkerhet för fordran, låntagarens återbetalningsförmåga, lånetidens längd samt risken för skatteundandragande. Att lånebeloppet återbetalas samma år kan också enligt regeringsrätten föranleda att beskattning underlåts. RÅ 2004 ref 114 handlade om en låntagare som hade en motfordran mot bolaget på ett större belopp än lånebeloppet. Fordringarna hade kvittats mot varandra i ett i efterhand ingivet ändrat bokslut. Regeringsrätten ansåg att ett förbjudet lån förelåg och att synnerliga skäl inte förelåg. RÅ 2004 ref 116 handlade om ett lån i eget bolag på 350 000 kronor. Ränta på lånet utgick med 7 % och en av låntagaren ägd bostadsrätt, värd 1 250 000

¹⁰⁰ Skatteverkets handledning för beskattning av inkomst vid 2010 års taxering, del 3, s 56.

¹⁰¹ Skatteverkets handledning för beskattning av inkomst vid 2010 års taxering, del 3, s 59.

¹⁰² Prop. 1989/90:110 s. 600.

kronor, pantsattes som säkerhet för lånet. Lånet utbetalades i september 2000 och återbetalades i mars 2001. Regeringsrätten ansåg att en samlad bedömning skulle göras och att med hänsyn till lånevillkoren, speciellt räntans storlek, säkerheten och återbetalningstiden, synnerliga skäl förelåg för att underlåta beskattning. I RÅ 2004 not 192 hade lån lämnats för att låntagarens skulle betala av privata skatteskulder. Räntan för lånet var 8 % och lånet återbetalades ett och ett halvt år senare. Regeringsrätten konstaterade att lånet inte hade något samband med bolagets verksamhet och att det omfattade en tidsperiod om ett och ett halvt år och bedömde att synnerliga skäl för att underlåta beskattning inte förelåg. RÅ 2004 ref 115 handlade om ett lån som syftade till att finansiera en affär i Ryssland för bolagets räkning. Affären blev dock inte av och lånet återbetalades i delar ett halvår senare. Regeringsrätten ansåg inte att synnerliga skäl förelåg.

Om en fysisk eller juridisk person underlåter att ta upp lånebeloppet som intäkt enligt 11 kap 45 § respektive 15 kap 3 § IL och därigenom ger upphov till fara för att skatt undandras det allmänna kan personen dömas för skattebrott enligt 2 § skattebrottslagen (1971:69). Motsvarar den undandragna skatten mindre än ett prisbasbelopp, 42 400 kronor gäller för 2010, per skattedeklaration kan personen istället dömas för skatteförseelse till böter enligt 3 § skattebrottslagen. Om den undandragna skatten motsvarar mer än tio prisbasbelopp, det vill säga 424 000 kronor för 2010, eller då den undandragna skatten avser ett mindre belopp men brottsligheten är upprepad, kan personen dömas till grovt skattebrott till fängelse i högst sex år enligt 4 § skattebrottslagen.¹⁰³ Straffet för skattebrott är fängelse i högst två år.

¹⁰³ Almgren och Leidhammar s. 167.

7. Analys

7.1. Låneförbudets rättssäkerhetsproblem

7.1.1. Inledning

Kritiken mot bland annat regeringsrättens avgöranden och regeringens beslut avseende låneförbudet är riklig. Kritiken kommer framförallt från affärsjurister som anser att rättssäkerheten kring låneförbudets omfattning negativt inverkar på i synnerhet företags möjligheter att nyttja olika kredit- och betalningsförfaranden men också på den allmänna omsättningen. Advokaten Pontus Kågerman har bland annat uttryckt följande:

”Inga enskilda bestämmelser i aktiebolagslagen har sannolikt sysselsatt affärsjurister lika mycket som bestämmelserna om låneförbudet. Inga enskilda bestämmelser har vridits och vänts på lika mycket som bestämmelserna om låneförbudet. Inga enskilda bestämmelser har aktualiserat så många spännande och svårlösta juridiska frågor som bestämmelserna om låneförbudet.”¹⁰⁴

I det följande diskuteras först legalitetsprincipens innebörd. Därefter analyseras begreppet lämna penninglån med bakgrund av legalitetsprincipen. Slutligen diskuteras de praktiska effekter som låneförbudets rättssäkerhet sannolikt kan leda till.

7.1.2. Legalitetsprincipen

Legalitetsprincipen behärskar modern strafflagstiftning i varje stat som gör anspråk på att kallas rättsstat.¹⁰⁵ Inom straffrätten, till skillnad från civilrätten, är man därför starkt bunden av skriven lag. Sentenserna *nullum crimen sine lege* (inget brott utan stöd av lag) och *nulla poena sine lege* (inget straff utan stöd av lag) är grundsatserna för legalitetsprincipen som kommer till uttryck i 2 kap 10 § 1 stycket och 8 kap 3 § regeringsformen (1974:152). Bakom principen finns ett krav på rättssäkerhet, det vill säga ett skydd mot godtycklig tillämpning av lagstiftningen, samt krav på att medborgarna ska veta vilka gärningar som är kriminaliserade. Vidare omfattar legalitetsprincipen två förbud; 1) förbud mot analog strafflagstillämpning och 2) förbud mot retroaktiv lagstiftning. Det första förbudet är centralt vid bedömningen av eventuella överträdelser av låneförbudet och kommer därför att diskuteras mer nedan. Det andra förbudet aktualiseras inte inom uppsatsens ram och kommer därför inte att diskuteras vidare.¹⁰⁶

Förbudet mot analog tillämpning av lagstiftningen innebär att strafflagstadgandets ordalydelse bildar den gräns som inte får överskridas av en tolkning som strävar efter att realisera lagens

¹⁰⁴ Kågerman s. 1143.

¹⁰⁵ Jareborg s. 40.

¹⁰⁶ Leijonhufvud och Wennberg s. 22.

ändamål. Legalitetsprincipen ställer därmed vissa krav på lagstiftningens begriplighet och precision.¹⁰⁷ En analogi föreligger när stadgandet tillämpas utanför gränserna för dess ordalydelse oavsett om det finns stöd för tillämpningen i stadgandets förarbeten eller i doktrin. Förbudet mot analog tillämpning av straffstadganden innebär vidare att domaren är *skyldig* att frikänna den åtalade om gärningen inte kan inrymmas under ordalydelsen av något straffstadgande.¹⁰⁸

Legalitetsprincipen kan i sin tur härledas från konformitetsprincipen vilken innebär att straff eller annan brottspåföljd endast får drabba den som *kunnat rätta sig efter lagen*. Även konformitetsprincipen finner sitt stöd i medborgarnas krav på rättssäkerhet. Ett straffstadgande som inte ansluter sig till principen kan också sägas vara orättvist. Ett straffstadgande innehåller ju ett hot om straff för den som gör något visst och är avsett att påverka medborgarna. Den som inte kunnat förstå annat än att han eller hon följde lagen har då inte kunnat styra sitt beteende på ett sådant sätt att det inte kommer i konflikt med lagen. Den som i ett sådant fall bryter mot lagen kan inte sägas ha förtjänat sitt straff. Att bestraffa den som inte kunnat rätta sig efter lagen kan på samma sätt anses som ett offerande av personen till förmån för samhällets syften. En sådan ordning skulle vara inhuman och undanröja den elementära rättssäkerhet som varje medborgare är berättigad till.¹⁰⁹ Att legalitetsprincipen upprätthålls inom straffrätten är sammanfattningsvis väsentligt både för den enskildes rättssäkerhet och för Sverige som rättsstat.

Slutligen bör ett fall från Högsta domstolen (HD) kommenteras. I NJA 1978 s 452 frångick HD legalitetsprincipen till förmån för en analogisk tolkning vid tillämpning av ett straffstadgande. Fråga var om den tilltalade hade begått skattebedrägeri enligt dåvarande 2 § 2 stycket skattebrottslagen då han underlåtit att avge deklaration. Stadgandet kunde enligt sin avfattning inte anses rymma förfarandet i fråga. Däremot framgick det otvetydigt av förarbetena att lagstiftaren avsett att även underlåtenheten att avge deklaration skulle falla inom det straffbara området. HD uttalade att i sådana fall som det förevarande, då skattemyndigheten förbiser den skattskyldiges existens till följd av att denne inte finns upptagen i skattemyndighetens register, är särskilt straffvärda. Anledningen är att de möjligheter som normalt står till buds, det vill säga vitesförläggande, taxeringsrevision och skönstaxering, då saknar aktualitet. Förekomsten av ett straffhot får därför större betydelse som medel för att framtvinga fullgörande av deklaraionsplikten. HD uttalade att dessa synpunkter var av sådan styrka att de, även med beaktande av den tungt vägande legalitetsprincipen, måste anses utslagsgivande. I detta fall väger alltså HD legalitetsprincipen mot stadgandets syfte och tillämpar slutligen ett straffstadgande

¹⁰⁷ Jareborg s. 40.

¹⁰⁸ Leijonhufvud och Wennberg s. 23.

¹⁰⁹ Jareborg s. 40-42.

analogiskt. Tillämpningen strider självklart mot legalitetsprincipen och fara för den enskildes rättssäkerhet föreligger således. Fallet är mycket anmärkningsvärt och det bör tilläggas att HD inte i något senare fall dömt på ett liknande sätt. Slutligen kan noteras att skattebrottslagens 2 § har ändrats till följd av avgörandet.

7.1.3. Analys av begreppet lämna penninglån

I avsnitt 3.1. behandlades begreppet lämna penninglån och det visade sig inrymma fler transaktioner än vad begreppets ordalydelse vittnar om. I detta avsnitt kommer begreppet att analyseras med bakgrund av legalitetsprincipens krav på begriplighet och precision samt förbud mot analog tillämpning.

I förarbetena till låneförbudet skriver lagstiftaren att förbudet avser penninglån och att normala varukrediter alltså inte träffas av förbudet. Skulle varuvillkoren vara ovanligt förmånliga kan det dock finnas anledning att behandla krediten som ett maskerat lån.¹¹⁰ Här vill alltså lagstiftaren i vissa fall inrymma varukrediter i begreppet penninglån. Detta får dock anses strida mot lagtextens ordalydelse och därmed också mot den ovan nämnda legalitetsprincipen. Varukrediter kan språkligt sett inte anses utgöra penninglån.¹¹¹ Vidare uttalas i samma förarbeten att förskott på lön inte utgör lån och alltså inte omfattas av låneförbudet. Därefter skriver lagstiftaren att sådana löneutbetalningar givetvis måste slutregleras vid räkenskapsårets utgång.¹¹² Vad som händer med förskott på lön som inte slutregleras vid årets utgång nämner lagstiftaren inget om. Frågan blir då om förskott på lön, som inte slutregleras vid årets utgång, därefter övergår till att bli ett förbjudet penninglån. Detta skulle innebära att ”lånet” är straffritt när det tas men senare, på grund av en efterkommande omständighet, blir straffbart. Med bakgrund av att lagstiftaren behandlar ett straffstadgande och därmed är bunden av legalitetsprincipen måste detta ses som ett orimligt påstående. Det bör givetvis vara omständigheterna och avsikten när lånet lämnas som är styrande. Efterkommande omständigheter såsom återbetalning bör inte ha avgörande betydelse för om lånet är straffritt eller straffbart. Detta uttalande får alltså en märkbar effekt.¹¹³ Att inrymma förskott av lön i vissa fall i begreppet penninglån samt att göra efterkommande omständigheter avgörande för strafffrihet respektive straffbarhet får anses strida mot legalitetsprincipens krav på begriplighet och precision samt förutsebarhet.

Vad gäller rättspraxis så har regeringsrätten i två avgöranden funnit att samtycke till gäldenärsbyte är att lämna otillåtna penninglån. I det ena fallet, RÅ 1977 ref 81, hade ett antal ägare till ett

¹¹⁰ Prop. 1973:93 s. 133.

¹¹¹ Sten s. 936.

¹¹² Prop. 1973:93 s. 133.

¹¹³ Sten s. 936-937.

aktiebolag erhållit lån från bolaget innan låneförbudet trädde i kraft. Lånen var därmed tillåtna. När bolaget skulle säljas skulle de nya ägarna överta betalningsansvaret för de tidigare ägarnas skulder till bolaget. Fråga var om medgivandet till de nya ägarnas inträde som gäldenärer träffades av låneförbudet i 12 kap 7 § i den tidigare aktiebolagslagen och därmed skulle beskattas enligt 35 § 1 a mom tidigare kommunalskattelagen (1928:370). Regeringsrätten fann att så var fallet. Att gäldenärsbyte språkligt kan inrymmas i begreppet lämna penninglån förefaller märkligt. Med bakgrund av legalitetsprincipen kan kravet på restriktiv tillämpning inte anses vara uppfyllt. Regeringsrådet Petré var skiljeaktig i målet och anförde bland annat följande: ”Det kan [...] icke råda någon tvekan om att enligt gällande civilrätt förbudet i 12 kap 7 § aktiebolagslagen för aktiebolag att i vissa fall lämna penninglån icke efter ordalagen, som talar om att "lämna lån", innefattar förbud för aktiebolag att medge substitution av gäldenären i alla redan existerande låneförhållanden, där bolaget är borgenär.” Petré uttalade vidare att det finns en lucka i lagstiftningen som innebär att det går att lämna lån till någon som inte omfattas av låneförbudet och därefter ersätta gäldenären med någon som ingår i den förbjudna kretsen. En sådan lucka får dock inte fyllas genom att lagen tillämpas i strid med sin lydelse. Det andra fallet, RÅ 1981 1:1, handlade om att aktieägaren, som också hade en skuld till sitt bolag, hade avlidit. Dödsbodelägarna hade kommit överens om att sonen, som skulle inträda som företagsledare, skulle betala hela sin faders skuld. Eftersom bolagets samtycke inte skulle inhämtas svarade dödsbodelägarna, oaktat arvskiftesavtalet, solidariskt för skuldens fullgörande. Regeringsrätten ansåg att bolaget hade lämnat penninglån till sonen. Regeringsrätten anförde även att frånvaro av samtycke från bolaget inte kunde utgöra hinder för att arvskiftet, oaktat det formellt endast gäller mellan dödsbodelägarna, bedömes innebära ett lån från bolaget till sonen som enligt arvskiftesavtalet hade att svara för dödsboets skuld till bolaget. Regeringsrådet Petré var skiljaktig även i detta avgörande. Han menade att mot bakgrund av att betalningsskyldigheten för dödsboet inträder genom dödsfallet, och att denna i princip är solidarisk för dödsbodelägarna, kan det inte vara fråga om något nytt lån. Utgången av fallet ger begreppet lämna penninglån en synnerligen långtgående tolkning och bör anses stå i strid med legalitetsprincipens krav på restriktiv tillämpning av strafflag.

I ett tredje fall från regeringsrätten, RÅ 84 1:90, skulle A och B från bolaget Y, i vilket A och B ägde 50 procent av aktierna, förvärva 32 procent av aktierna i bolaget X, i vilket resterande aktier ägdes av A och B. A och B skulle i samband med köpet 31 december 1983 betala en handpenning om 100 000 kronor. Aktiernas värde uppskattades till 10 miljoner kronor men det slutgiltiga värdet skulle fastställas i samband med bokslutet den 31 december 1983. Regeringsrätten kom aldrig att pröva frågan om låneförbudet var tillämpligt men uttalade ändå att

förfarandet innebar att ett lån lämnats från bolaget X till A och B. I likhet med regeringsrätten fann riksskatteverkets nämnd att förfarandet att inte erlagga hela köpeskillingen vid förvärvet i och för sig strider mot låneförbudet. Här finns alltså indikationer på att användande av tilläggsköpeskillning strider mot låneförbudet.¹¹⁴ Petrén var skiljaktig även i detta fall. Han uttalade att det som han betecknar som köpeavtal med kreditklausul inte ska ingå i begreppet penninglån. Han menade vidare att det inte, såsom riksskatteverket synes mena, går att sätta likhetstecken mellan beviljande av en kredit och lämnande av ett lån. Lån är visserligen en form av kredit men det finns också andra former. Olikheten mellan lån och kreditköp är uttagande av ränta. Ränta utgår normalt vid kommersiellt betingade lån men däremot i princip inte vid kreditköp, där kreditfinansieringen sker på annat sätt. Då extension av begreppet lämna penninglån sker till att omfatta också kreditköp, innebär det att ränta fingeras i ett rättsligt sammanhang där ränta normalt inte förekommer. Utvidgningen i detta sammanhang framstår därmed som sakligt ogrundad enligt Petrén.

I ett senare mål, RÅ 2003 ref 60, fann regeringsrätten att ett reverslån var att betrakta som ett förbjudet lån. Målet handlade om en delägare i ett aktiebolag som skulle förvärva en fastighet från bolaget. Köpeskillingen skulle betalas dels kontant på avtalsdagen, dels genom att delägaren utfärdade en revers om 400 000 kronor med säkerhet i fastigheten. En del av kontantbeloppet blev obetalt över årsskiftet. Delägaren innehöll denna del av beloppet i väntan på att det skulle bli klarlagt om förvärvet skulle genomföras och därför fann regeringsrätten att förfarandet inte innebar att bolaget lämnat penninglån till delägaren. Reverslånet utgjorde däremot ett förbjudet lån. Regeringsrätten motiverade detta med att ett konsumtionsutrymme uppkommer för delägaren oavsett om denne från bolaget som lån erhåller kontanta medel eller köper en tillgång mot den uppskjutna betalning som en kredit innebär. Regeringsrätten gjorde här en ändamålstolkning som skulle kunna anses strida mot legalitetsprincipen.

Regeringen har i ett beslut om dispensärende lämnat ytterligare material till tolkning av låneförbudets räckvidd vid företagsöverlåtelser. Fallet handlade om bolaget X och dotterkoncernen Y. Verkställande direktören i bolaget X skulle göras till verkställande direktör i bolaget Y. I samband med detta skulle direktörens egna bolag Z få en option att förvärva Y utan att någon optionsavgift skulle utgå. Köpeskillingen för Y skulle sättas till högst 20 miljoner kronor men var resultatberoende. Om optionen utövades skulle maximalt 10 miljoner kronor av köpeskillingen få betalas genom en revers från Z till X att betalas av på tre år. Marknadsmässig ränta skulle löpa på beloppet. Aktierna i Y skulle lämnas som pant och den verkställande

¹¹⁴ Sten s. 942.

direktören skulle teckna personlig borgen för tio procent av reversbeloppet som säkerhet för reversens fullgörande. Länsskattemyndigheten vägrade dispens. Regeringen anförde att reglerna om låneförbudet inte skulle fylla sitt syfte om anstånd med betalning av köpeskillingen för aktier inte skulle omfattas av låneförbudet. Någon sakligt betingad orsak att vid tillämpningen i allmänhet göra skillnad mellan betalningsanstånd och penninglån synes inte föreligga och har inte heller antytts i förarbetena till de ifrågavarande lagreglerna. Regeringen ansåg därför att de skäl som motiverar förbudet mot penninglån synes lika bärkraftiga vad gäller betalningsanstånd. Slutligen uttalade regeringen att betalningsanstånd bör likställas med penninglån vid tillämpning av 12 kap 7 § gamla aktiebolagslagen.¹¹⁵ Regeringens uttalande synes mycket märkligt. Med bakgrund av legalitetsprincipen är det anmärkningsvärt att regeringen talar så mycket om syftet. Av samma anledning är det förvånande och besvärande att regeringen uttalar att betalningsanstånd ska *likställas* med penninglån. Självfallet inryms betalningsanstånd språkligt sett inte i begreppet penninglån. Regeringen tillämpar härmed en straffsanktionerad bestämmelse analogt. Legalitetsprincipens krav på förutsebarhet och restriktivitet förbises helt då regeringen sätter syftet över lagens ordalydelse i en straffsanktionerad bestämmelse. Slutligen bör tilläggas att domstolar givetvis inte är bundna av regeringens beslut men det är däremot inte osannolikt att de skulle resonera på ett liknande sätt, särskilt med bakgrund av ovan nämnda rättspraxis.¹¹⁶

Analysen ovan visar att låneförbudet tillämpats i strid med legalitetsprincipen av flera rättstillämpare. Redan i förarbetena till förbudet antyder lagstiftaren att det inom begreppet penninglån i vissa fall skulle kunna inrymmas transaktioner såsom varukrediter och förskott på lön.¹¹⁷ Vidare har regeringsrätten genom en extensiv tolkning av begreppet penninglån demonstrerat en restriktiv syn på vilka krediter som tillåts inom ramen för låneförbudet. Indikationer på att bland annat galdenärbytte och användande av tilläggsköpeskillning ska inrymmas i begreppet lämna penninglån har funnits.¹¹⁸ Lagstiftaren och regeringsrätten kan därmed anses ha tolkat begreppet lämna penninglån i strid med dess ordalydelse samt brutit i legalitetsprincipens krav på restriktiv tillämpning. Regeringen har vidare brutit mot förbudet mot analog tillämpning av straffbestämmelser genom att uttala att betalningsanstånd ska likställas med begreppet penninglån.¹¹⁹ Med bakgrund av lagstiftarens och rättstillämparnas extensiva tolkning av begreppet lämna penninglån finns det anledning att misstänka brister i medborgarnas skydd mot godtycklig rättstillämpning. Dessa brister kan i sin tur till att medborgarna inte kan förutse

¹¹⁵ Justitiedepartementet Regeringsbeslut 93-2538, 1993-12-16.

¹¹⁶ Sten s. 943-944.

¹¹⁷ Prop. 1973:93 s. 133.

¹¹⁸ RÅ 1977 ref 81, RÅ 84 1:1, RÅ 1981 1:90 och Sten (1993-94) s. 942.

¹¹⁹ Justitiedepartementet Regeringsbeslut 93-2538, 1993-12-16.

rättsföljderna av låneförbudet och därmed kunna rätta sig efter lagen. Följden skulle kunna bli att reglerna om låneförbudet medverkar till att skapa osäkerhet i rättslivet.

För att nyansera rättstillämparnas och lagstiftarens extensiva tolkning av begreppet lämna penninglån bör nämnas att tillämpningen av låneförbudet skulle kunna se annorlunda ut beroende på om tvisten är civilrättslig eller straffrättslig. I NJA 1995 s 742 förde HD ett resonemang kring vems intresse som skulle styra tolkningen av dåvarande 12 kap 2 § (nuvarande 17 kap 3 §) ABL. Fallet handlade om bedömningen av storleken av en så kallad sakutdelning. HD uttalade att lagrummet i fråga syftade till att skydda dels aktieägarnas intresse av likabehandling och dels bolagsborgenärernas intresse av att bolagets egna kapital skyddas. Eftersom fallet rörde borgenärsskyddsaspekten gjorde HD en ensartad tillämpning av lagrummet till förmån för bolagsborgenärerna. HD tillade dock att den omständigheten att borgenärsskyddsintresset getts företräde i förevarande sammanhang inte kunde anses utgöra något hinder mot att ett annat värde kunde anses böra ligga till grund för en motsvarande prövning med hänsyn till likabehandlingsprincipen. HD öppnade alltså upp för att göra olika tolkningar av samma lagrum beroende av vilket värde som ligger till grund för tvisten. Samma tolkningsmetod skulle kunna användas vid tillämpningen av 21 kap 1 § ABL. I de fall tvisten är civilrättslig skulle domstolen inte vara lika starkt bunden av legalitetsprincipen. Ändamålstolkningar av förbudet skulle då tillåtas inom rimliga gränser. Då domstolen behandlar låneförbudet straffrättsligt skulle den däremot vara starkt bunden av legalitetsprincipen och dess krav på restriktiv tillämpning. Att låneförbudets omfattning och straffstadgandet behandlas i olika kapitel i ABL, 21 kap respektive 30 kap, tyder också på att förbudet skulle kunna tolkas på olika sätt beroende på tvistens rättsliga karaktär. Detta synsätt nyanserar således analysen av låneförbudets rättssäkerhetsproblem. Synsättet förklarar bland annat lagstiftarens uttalande om att varukrediter och förskott på lön i vissa fall bör behandlas som penninglån. Detta bör ske vid en civilrättslig tolkning av förbudet men inte vid en straffrättslig sådan. Vidare skulle regeringsrättens extensiva tolkningar av förbudet eventuellt kunna försvaras med att skatterätten lämnar större utrymmet för ändamålstolkningar än vad straffrätten gör. Likaså behandlar regeringen inte låneförbudet som ett straffstadgande i dispensärendet vilket skulle kunna förklara den långtgående tolkning som regeringen där gör.

Slutligen bör lagstiftaren, regeringsrätten och regeringens extensiva tolkning av begreppet lämna penninglån kommenteras utifrån lagstiftarens intresse av att framförallt skydda aktiebolagets kapital till förmån för aktieägare och borgenärer. Att gäldenärsbyte och användande av tilläggsköpeskilling i vissa fall har inrymts i låneförbudet har därför sin förklaring i att det vore

konstigt om det skulle föreligga en skillnad i synen på fordring-/skuldförhållande beroende på om det betecknas penninglån eller kredit- eller betalningsanstånd med köpeskilling.¹²⁰ Sammanfattningsvis kan konstateras att rättstillämpare och lagstiftare har gjort extensiva tolkningar av begreppet lämna penninglån vilket skulle kunna leda till osäkerhet i rättslivet. Att tillämpa låneförbudet olika beroende på dess rättsliga sammanhang skulle dock kunna minska denna osäkerhet.

7.1.4. Praktiska effekter

Begreppet penninglån har tolkats mycket extensivt av framförallt regeringsrätten och regeringen och det finns skäl att anta att denna tolkning går utöver lagens ordalydelse. Denna extensiva tolkning skapar troligen osäkerhet i rättslivet eftersom det är svårt att förutse om vissa kreditkonstruktioner omfattas av låneförbudsreglerna eller inte. I en rådgivningssituation kan därför, mot bakgrund av analysen i avsnitt 7.1.3., det enda säkra bli kontant betalning på tillträdesdagen, då inte dispens från låneförbudet medges. Varje form av kreditgivning skulle nämligen kunna bli att betrakta som ett brott mot låneförbudet. Ett säljande moderbolag skulle därmed inte kunna lämna köparen ens kortfristiga krediter i form av anstånd med betalningen eller betala aktierna med en revers. Det finns även skäl att misstänka att alla konstruktioner som innefattar tilläggsköpeskilling, vilket är mycket vanligt och används i många stora aktieöverlåtelser varje år, kan omfattas av låneförbudet. Reglerna om låneförbudet har fått en räckvidd långt utöver vad lagens ordalydelse medger. Detta har resulterat i att en mängd betalnings- och finansieringsförfaranden vilka har frekvent användning både nationellt och internationellt riskerar att träffas av låneförbudsreglerna.¹²¹

Osäkerheten om låneförbudets räckvidd kan ha negativa effekter på den allmänna omsättningen. Eftersom många vanligt förekommande kredit- och finansieringsförfaranden tangerar låneförbudets omfattning finns risk för att dessa utesluts vid företagsöverlåtelser och istället ersätts av ”säkra kort” som exempelvis kontant betalning. Följden blir att kostnaderna för företagsöverlåtelser och andra kredittransaktioner ökar eftersom kostnadseffektiva kreditlösningar utesluts till förmån för kontant betalning. Ökade kostnader leder i sin tur sannolikt till färre företagstransaktioner vilket minskar den allmänna omsättningen. Hinder skulle också kunna skapas vid försäljningar av svenska företag jämfört med försäljning av motsvarande

¹²⁰ Engerstedt och Gometz s. 53.

¹²¹ Engerstedt och Gometz s. 53 och Sten s. 944.

associationsformer i andra länder.¹²² Sammanfattningsvis finns risk för att låneförbudets rättsäkerhetsbrister leder till en försämrad allmän omsättning.

7.2. Låneförbudets straffsanktion

7.2.1. Inledning

Kritiken mot låneförbudet har, utöver rättssäkerhetsproblemet, till stor del bestått av förbudets straffsanktion. Grunden för kritiken hänför sig till förbudets egentliga syfte som huvudsakligen sägs vara statens fiskala intresse. Huruvida en straffbelagd bestämmelse av fiskalt intresse bör finnas i en associationsrättslig lag har bland annat varit föremål för diskussion i doktrinen. Vidare har låneförbudets straffsanktion i ABL ansetts onödig eftersom en överträdelse av förbudet redan träffas av andra sanktioner i till exempel IL och skattebrottslagen. Nedan kommer först skäl för att straffbelägga låneförbudet att redovisas utifrån både brottsbalkens och ABL:s sanktionssystem. Därefter kommer att diskuteras huruvida låneförbudet bör vara fortsatt straffsanktionerat eller inte.

7.2.2. Skäl för att straffsanktionera låneförbudet

Inför arbetet med 1962 års brottsbalk producerade Strafflagsberedningen förslag om påföljdssystemet i bland annat betänkandena Enhetligt frihetsstraff¹²³ och Skyddslag¹²⁴. De båda betänkandena bildade underlag för sanktionssystemet i brottsbalken. I förslaget till skyddslag deklarerades att samhällets kriminalpolitiska åtgärder hade till uppgift att skydda samhället och dess medlemmar genom att förebygga brott. En bärande tanke var att behandling och vård i princip skulle ersätta straff. Ändamålet med vård och behandling var tvådelat. Den skulle dels rehabilitera den vårdbehövande och skapa bättre förutsättningar för denne att leva ett laglydigt liv och dels ha en brottspreventiv funktion genom att den vårdbehövande togs om han och därmed hindrades från att begå brott under den tiden.¹²⁵ Detta synsätt innebar att Strafflagsberedningen betraktade brottslingen som en produkt av den sociala miljön och den påverkan han eller hon hade utsatts för.¹²⁶ Betänkandena fick dock kritik för att de tagit alltför liten hänsyn till sanktionssystemets allmänpreventiva uppgift och strafflagens moralbildande funktioner. Kritiken ledde till att den grundläggande bestämmelsen för påföljdssystemet i 1 kap 7 § brottsbalken, numera upphävd, stadgade att rätten, med iakttagande av vad som krävs för att upprätthålla

¹²² Sten s. 945 och Dobson och Palfreman s. 53-54 och s. 79-81.

¹²³ SOU 1953:17.

¹²⁴ SOU 1956:55

¹²⁵ Berg m.fl. TA:3.

¹²⁶ Ekbohm, Engström och Göransson s. 31.

allmän laglydnad, skulle fästa särskilt avseende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället.¹²⁷

Behandlingstanken kom att utsättas för massiv kritik, bland annat för att proportionalitet mellan brott och straff kom i skymundan. Kritikerna påstod att kravet på likhet inför lagen inte uppfylldes. Stora förändringar infördes i brottsbalken från och med den 1 januari 1989¹²⁸ till följd av kritiken. Straffvärdet skulle sättas i centrum och därmed skulle en handling bestraffas för att den var klandervärd. Ju mer klandervärd den var, desto allvarligare skulle samhällets ingripande vara. Reformen syftade till att skapa förutsättningar för en enhetlig och förutsebar rättstillämpning där faktorer som proportionalitet och likhet inför lagen betonades. Brottsbalkens sanktionssystem präglas idag således av vård och behandling, allmänprevention och proportionalitet.¹²⁹

Vad gäller sanktionssystemet för ABL:s straffbestämmelser genomgick de en reform i samband med införandet av 1975 års aktiebolagslag. Det tidigare påföljdssystemet ansågs omfattande, invecklat och svåröverskådligt.¹³⁰ Dessutom var vissa handlingar sanktionerade i både ABL och brottsbalken.¹³¹ Straffbestämmelser som täcktes av brottsbalkens regler eller som gällde typsituationer där straffskydd över huvud taget inte kunde anses erforderligt fördes därmed ut ur aktiebolagslagen.¹³² I förarbetena till 1975 års aktiebolagslag framhålls att straffet endast utgör ett led i det angivna systemet. Vilka handlingar som bör vara straffbara måste därför bestämmas med hänsyn till i vad mån andra sanktionsformer är tillräckliga eller inte. I de fall där man kan räkna med att en privaträttslig bestämmelse i stort sett kommer att upprätthållas med hjälp av andra sanktioner bör inte förfarandet straffbeläggas, såvida det inte är fråga om ett så allvarligt förfarande att samhället har särskild anledning att markera sitt ogillande. Enligt förarbeten bör det också främja respekten för lagen om straffhotet reserveras för de fall där ett verkligt behov föreligger.¹³³ Ett intressant fall i sammanhanget är NJA 1986 s 56 vilket handlade om en aktieägare som vid fyra tillfällen uppsåtligen överträtt låneförbudet. Det sammanlagda lånebeloppet uppgick till 761 611 kronor och bolagets egna kapital skulle ha uppgått till 116 000 kronor. Detta innebar att aktieägaren dels hade undandragit staten skatt och dels förbrukat en stor del av bolagets egna kapital. HD uttalade att de viktigaste intressena från både allmän och

¹²⁷ Berg m.fl. TA:4-5.

¹²⁸ Genom lag (1988:942) om ändring i brottsbalken

¹²⁹ Ekbom, Engström och Göransson s. 32.

¹³⁰ Prop. 1975:103 s. 563.

¹³¹ Prop. 1975:103 s. 84.

¹³² Prop. 1975:103 s. 563.

¹³³ Prop. 1975:103 s. 563.

enskild synpunkt som uppstår låneförbudet allvarligt åsidosatts. Endast böter kunde därför inte komma ifråga även om aktieägarens personliga förhållanden var sådana att det från individualpreventiv synpunkt varit att föredra en ickefrihetsberövande påföljd. Av allmänpreventiva skäl dömdes aktieägaren till en månads fängelse. Fallet är helt i linje med förarbetena eftersom HD, på grund av försvårande omständigheter såsom att lånebeloppet var stort, lånen var upprepade och uppsåtligt tagna, tyckte sig särskilt behöva markera sitt ogillande genom att döma aktieägaren till fängelsestraff. Sammanfattningsvis kan sägas att aktiebolagslagens sanktionssystem är starkt beroende av övrig straffrätts- och civilrättslagstiftning men också präglas av proportionalitet och allmänprevention.

7.2.3. Bör låneförbudet vara straffsanktionerat?

I förarbetena till låneförbudet ansåg aktiebolagsutredningen att det strider mot aktiebolagsstiftningens grunder att en person skall kunna driva ett aktiebolag med den därav följande förmånen av frihet från personligt ansvar trots att bolagets tillgångar till stor del består i en fordran på honom själv. Detta innebär en urholkning av den säkerhet som aktiebolagslagen vill ge bolagets borgenärer genom reglerna om bundet kapital. Lån borde däremot få lämnas om det höll sig inom ramen för bolagets fria kapital eller om betryggande säkerhet ställdes.¹³⁴ Utredningens huvudsakliga och enda skäl för införandet av låneförbudsreglerna var således som ett skydd för borgenärerna mot urholkning av bolagets bundna kapital. Lagstiftaren höll med utredningen om att bolagsborgenärerna borde skyddas mot urholkning av det bundna kapitalet men framhöll också att låneförbudsreglerna var angelägna för att komma tillrätta med den skatteflykt där aktieägare tar lån från bolaget för privat konsumtion.¹³⁵ Föredragandens skäl för införandet av låneförbudsreglerna synes således vara dels att skydda borgenärerna från att bolaget urholkas på kapital och dels att motverka skatteflykt.

I doktrinen har låneförbudsreglernas verkliga syfte rikligt diskuterats. Grosskopf skriver att anledningen till att låneförbudsreglerna infördes redan 1973, endast två år innan 1975 års aktiebolagslag trädde i kraft, var knappast på grund av omsorgen om bolagets kreditvärdighet, utan en följd av en önskan att stoppa växande skatteflykt genom lån från aktiebolag. Flera aktieägare hade satt i system att låna stora summor från familjeaktiebolag istället för att ta ut lön. När aktierna såldes, oftast som en konsekvens av att skulden blivit för stor, betalades lånet tillbaka med köpeskillingen efter avdrag för en på den tiden mycket låg reavinstskatt. Grosskopf hävdar att skatteflyktsargumentet därmed har gjort låneförbudet mer omfattande än som

¹³⁴ Prop. 1973:93 s. 59.

¹³⁵ Prop. 1973:93 s. 90.

motiverats av intresset av att skydda aktiebolagets egna kapital.¹³⁶ Nerep är också av uppfattningen att låneförbudet huvudsakligen har motiverats av en önskan att motverka skatteflykt. Han ifrågasätter till och med om låneförbudet överhuvudtaget fyller någon självständig, aktiebolagsrättslig funktion vid sidan av förbudet mot olagliga värdeöverföringar i 17 kap ABL.¹³⁷ Den bärande tanken i utredningens förslag, liksom i övrig nordisk bolagslagstiftning, är att förbjuda sådana lån som försvagar skyddet för borgenärerna. Om lagstiftaren hade följt aktiebolagsutredningens förslag om låneförbudsregler, som var relaterade till antingen bolagets fria kapital eller att en betryggande säkerhet ställs, hade reglerna därför starkare präglats av aktiebolagsrättsliga intressen och då främst borgenärsskyddsintresset. Då lagstiftaren valde att införa mycket strängare låneförbudsregler än utredningen föreslagit blev låneförbudets skattemässiga prägel tydlig.¹³⁸ Ett annat exempel på att låneförbudsreglerna inte primärt är till för att skydda borgenärerna, är i det fall då bolagets fordran på grund av ett lån sätts ned till noll, utan att bolagets bundna kapital berörs, och bolagets fria kapital minskar i motsvarande mån i nära anslutning till att lånet utbetalas. Förfarandet kommer då mycket nära en vinstutdelning men får anses straffbart eftersom lånet formaliserats som just ett sådant. Om lånet skadar eller är ägnat att skada borgenärerna är således av sekundär betydelse.¹³⁹ Vidare skriver också Kleineman att skatteflyktsargumentet framstår som det enda verkliga skälet till låneförbudet. Staten vill förhindra att uttag ur bolag för privatkonsumtion sker utan att vederbörande betalar skatt. Detta kan antas med hänsyn till att lagstiftaren valde att förbjuda alla lån till den förbjudna kretsen men uppställde inget som helst krav på att lånet skulle medföra skada vid själva lånetillfället. Att gäldenären skulle kunna ställa betryggande säkerhet och vara solvent ändrar inte lånets legalitet.¹⁴⁰ Sammanfattningsvis har införandet av skattemässigt motiverade bestämmelser om låneförbudet i aktiebolagsrätten, under täckmanteln att skydda bolagens kreditvärdighet, lett till skarp kritik.

I förarbetena motiveras låneförbudsreglernas sanktion, det vill säga böter eller fängelse i högst ett år, med hänsyn till det skyddsintresse som uppbär reglerna.¹⁴¹ Mer än så skrivs inte om låneförbudets sanktion. Eftersom låneförbudet fått massiv kritik bör sanktionen jämföras med andra brott, dels i brottsbalken och dels i ABL, för att det ska kunna utrönas huruvida det är befogat eller inte att ha en straffsanktion vid överträdelse av låneförbudet. Vad gäller brottsbalkens sanktionssystem bygger det bland annat på vård och behandling, proportionalitet

¹³⁶ Grosskopf s. 28.

¹³⁷ Nerep s. 275.

¹³⁸ Nerep s. 277.

¹³⁹ Nerep s. 279.

¹⁴⁰ Kleineman s. 710.

¹⁴¹ Prop. 1973:93 s 95.

och allmänprevention.¹⁴² Med hänsyn till ovanstående diskussion om förbudets egentliga syfte bör det kunna konstateras att lagstiftarens vilja att straffbelägga vissa lån inte syftar till att den dömda ska få vård och behandling. Vidare synes inte heller proportionalitet ha någon större inverkan på lagstiftarens vilja att straffbelägga överträdelse av låneförbudet eftersom alla lån, oavsett den skada som lånet medför borgenärerna, är straffbelagda. Skadans storlek står alltså inte i proportion till straffet. Straffsanktionen verkar däremot ha inslag av allmänprevention eftersom lagstiftaren ämnar avskräcka bland annat aktieägare från att låna från sitt bolag i privatkonsumtionsintresse.

Vad gäller ABL:s sanktionssystem tar det hänsyn till hur övrig lagstiftning hanterar förfarandet i fråga. Vid en överträdelse av förbudet blir de civilrättsliga följderna ogiltighet enligt 21 kap 11 § ABL och eventuellt skadestånd enligt 29 kap 1 § ABL. Med hänsyn till låneförbudets utpräglade skattemässiga syfte blir dock de skatterättsliga sanktionsformerna mest intressanta. Skatterättsligt ska lånebeloppet tas upp som intäkt i inkomstslaget tjänst för fysiska personer enligt 11 kap 45 § IL och i inkomstslaget näringsverksamhet för juridiska personer enligt 15 kap 3 § IL som överträder förbudet. Underlåter gäldenären att ta upp lånebeloppet som intäkt innebär det att vederbörande således undanhåller skatt från staten. Gäldenären kan då dömas för skatteförseelse, skattebrott eller grovt skattebrott enligt skattebrottslagens 2-4 §§ beroende på hur stort lånebeloppet, som den undandragna skatten baseras på, är. Straffskalan sträcker sig från böter till fängelse i högst sex år. Det bör enligt min mening inte råda någon tvekan om att låneförbudet blir kraftigt och tillräckligt sanktionerat genom IL och skattebrottslagen.

I förarbetena finns ett undantag då ett förfarande, trots att det sanktioneras tillräckligt genom annan lagstiftning, är så allvarligt att samhället hade särskild anledning att markera sitt ogillande genom att straffbelägga det.¹⁴³ Låneförbudets syften enligt förarbetena är att skydda borgenärerna och att motverka skatteflykt. Diskussionen ovan visar att borgenärsskyddsaspekterna fungerade som en täckmantel för att kunna införa låneförbudsreglerna. Borgenärsskyddsintressen hade kunnat skyddas genom betydligt mindre ingripande åtgärder än de nuvarande låneförbudsreglerna. Kvar finns skatteflyktsargumentet. Skatteflykt kan dock motverkas genom IL och skattebrottslagen vars sanktioner också har allmänpreventivt syfte. På vilket sätt samhället har särskild anledning att markera sitt ogillande, utöver de sanktioner som redan finns i skattebrottslagen, genom att straffbelägga vissa lån även enligt ABL synes således oförklarligt.

¹⁴² Ekbom, Engström och Göransson s. 31-32.

¹⁴³ Prop. 1975:103 s. 563.

I jämförelse med en olaglig värdeöverföring enligt 17 kap ABL kan låneförbudets straffsanktion verka överflödig. ABL:s straffsanktion för olagliga värdeöverföringar togs bort i och med införandet av 1975 års aktiebolagslag. Den som mottagit en olaglig värdeöverföring i ond tro är återbäringskyldig och de som medverkat är bristtäckningsansvariga enligt 17 kap 6-7 §§ ABL. Däremot finns ingen straffsanktion i ABL för förfarandet. Vid ett otillåtet lån respektive en olaglig värdeöverföring blir ofta följderna liknande för bolaget, det vill säga förfarandena inkräktar på det bundna kapitalet och bolagets kreditvärdighet försämras. Att de straffrättsliga sanktionerna i ABL är så olika är därför svårt motivera. Slutligen bör tilläggas att åklagare i praktiken väldigt sällan åtalar för brott mot låneförbudet i 21 kap 1 § ABL. Vanligtvis åtalar dem för skattebrott för samma förfarande eftersom detta brott har högre straffvärde än låneförbudet.¹⁴⁴ Sammanfattningsvis talar både teoretiska och praktiska aspekter för att låneförbudets straffsanktion i 30 kap ABL är överflödig.

¹⁴⁴ Intervju med Henric Fagher, vice chefsåklagare på Ekobrottsmyndigheten i Göteborg.

8. Sammanfattning och diskussion de lege ferenda

Låneförbudet har, ända sedan dess tillkomst 1973, varit föremål för stark kritik. Förbudet har blivit kritiserat av en mängd olika anledningar men uppsatsen har fokuserat på problemen med förbudets tillämpning och dess straffsanktion. Vad gäller tillämpningen ska denna göras med bakgrund av legalitetsprincipen vilken kräver restriktiv tillämpning för att skydda medborgarna från godtycklig och analog rättstillämpning.¹⁴⁵ Begreppet att lämna penninglån bör därför vara precist och begripligt.¹⁴⁶ Legalitetsprincipens krav har dessvärre inte upprätthållits. Redan i förarbetena antydde lagstiftaren att varukrediter och förskott på lön i vissa fall var att betrakta som penninglån vilket självfallet får anses falla utanför begreppets ordalydelse.¹⁴⁷ Vidare har regeringsrätten i avgöranden inbegripit gäldenärsbyte i begreppet lämna penninglån och även antytt att användande av tilläggsköpeskillning kan inrymmas i begreppet.¹⁴⁸ Regeringen har i ett dispensbeslut uttalat att betalningsansånd ska likställas med penninglån.¹⁴⁹ Dessa exempel på rättstillämpning tyder på att begreppet lämna penninglån har getts en mycket extensiv tolkning som får anses gå utanför legalitetsprincipens krav på restriktiv tillämpning. Att legalitetsprincipen inte upprätthålls vid tolkning av låneförbudet innebär att medborgarnas skydd mot godtycklig rättstillämpning kan anses bristfälligt. Konsekvensen skulle också kunna bli osäkerhet i rättslivet. Osäkerheten skulle i sin tur sannolikt kunna leda till att kostnaderna för företagsöverlåtelser och andra kredittransaktioner ökar eftersom kostnadseffektiva kreditlösningar utesluts till förmån för kontant betalning. Ökade kostnader leder i sin tur till färre företagstransaktioner vilket skulle minska den allmänna omsättningen. Att tolka låneförbudet olika beroende på det rättsliga sammanhanget skulle dock kunna minska låneförbudets rättsosäkerhet. Legalitetsprincipen bör självklart strikt upprätthållas vid tillämpning av låneförbudet i en straffprocess. I en civilrättslig process skulle däremot en mer extensiv tolkning kunna godtas. Vidare skulle rättstillämpares vilja att utöka låneförbudets omfattning till exempelvis gäldenärsbyte och användande av tilläggsköpeskillning kunna förklaras med att det skulle vara märkligt om det skulle föreligga en skillnad i synen på fordring-/skuldförhållande beroende på om det betecknas penninglån eller kredit- eller betalningsansånd med köpeskillning.¹⁵⁰ Det kan alltså konstateras att rättstillämpare och lagstiftare har gjort extensiva tolkningar av begreppet lämna penninglån vilket skulle kunna leda till osäkerhet i rättslivet. Att tillämpa låneförbudet olika beroende på dess rättsliga sammanhang skulle dock kunna minska denna osäkerhet.

¹⁴⁵ Leijonhufvud och Wennberg s. 22.

¹⁴⁶ Jareborg s. 40.

¹⁴⁷ Prop. 1973:93 s. 133.

¹⁴⁸ RÅ 1977 ref 81, RÅ 1981 1:1 och RÅ 84 1:90.

¹⁴⁹ Justitiedepartementet Regeringsbeslut 93-2538, 1993-12-16.

¹⁵⁰ Engerstedt och Gometz s. 53.

Kritiken mot lånebudets straffsanktion har också varit riklig. Sanktioner för de allra flesta brott, det vill säga de som finns i brottsbalken, motiveras av vård och behandling, proportionalitet och allmänprevention.¹⁵¹ För brotten i ABL är sanktionerna framförallt beroende av möjliga sanktioner i annan lagstiftning, men vissa sanktioner motiveras av att samhället har särskild anledning att markera sitt ogillande. Vidare har det inom doktrinen anförts att det verkliga syftet med låneförbudets införande är att förhindra skatteflykt.¹⁵² Ett exempel är att lagstiftaren inte följde aktiebolagsutredningens förslag om låneförbud, som var betydligt mer inskränkt och hade tydligt borgenärsskyddsintresse, utan istället valde att kriminalisera alla lån, oavsett om betryggande säkerhet ställdes eller om det bundna kapitalet var skyddat. Med bakgrund av låneförbudets huvudsakliga fiskala intresse kan konstateras att dess sanktion inte korrelerar väl med brottsbalkens sanktionssystem. Utöver ABL är låneförbudet sanktionerat i IL och skattebrottslagen genom lägst böter och längst sex års fängelse, beroende på lånebeloppets storlek. Detta bör anses som en tillräckligt kraftig sanktion för att aktiebolagens sanktionssystem inte ska behöva sanktionera förbudet ytterligare. Någon särskild anledning för samhället att markera sitt ogillande har inte heller funnits. Huvudsyftet är ju att motverka skatteflykt och skattemässigt är förbudet väl sanktionerat. I praktiken väcks dessutom åtal väldigt sällan för låneförbudet. Istället väljer åklagare att väcka åtal för skattebrott. Att straffsanktionera låneförbudet synes därför onödigt.

Sammanfattningsvis kan konstateras att låneförbudets extensiva tillämpning skulle kunna leda till ett mindre gynnsamt företagsklimat och allmän omsättning samt att straffsanktionen i ABL inte synes fylla någon sanktion. För att komma tillrätta med dessa problem bör låneförbudet göras om så att lagtexten klart och tydligt, i enlighet med legalitetsprincipen, stadgar förbudets omfattning. Med hänsyn till att syftet enbart synes vara statens fiskala intresse bör låneförbudet flyttas till sin rättmätiga plats, det vill säga från civillagstiftningen till skattelagstiftningen. I de fall då låneförbudets regler kringgås och skatteförmånen anses vara det övervägande skälet till förfarandet skulle lagen (1995:575) mot skatteflykt bli tillämplig. Dessutom skulle förbudet inte behöva dubbelsanktioneras eftersom skattebrottslagen skulle anses sanktionera överträdelse på ett tillfredsställande sätt. Slutligen kan konstateras att förbudet har varit kritiserat sedan dess införande och kommer förmodligen att förbli så till dess att lagstiftaren flyttar samt förändrar låneförbudet.

¹⁵¹ Ekbohm, Engström och Göransson s. 31-32.

¹⁵² Grosskopf s. 28, Nerep s. 275-279 och Kleineman s. 710.

9. Referenslista

9.1. Offentligt material

- Proposition 1973:93 Förslag till lag om konvertibla skuldebrev m.m.
- Proposition 1975:103 Förslag till ny aktiebolagslag, m.m.
- Proposition 1989/90:110 Reformerad inkomst- och företagsbeskattning
- Proposition 2004/05:85 Ny aktiebolagslag
- SOU 1953:17 Enhetligt frihetsstraff m.m.
- SOU 1956:55 Skyddslag
- SOU 1971:15 Förslag till aktiebolag m.m.
- SOU 1989:2 Beskattning av fåmansföretag: översyn av 1976 års lagstiftning
- SOU 2001:1 Ny aktiebolagslag
- Justitiedepartementet Regeringsbeslut 93-2538, 1993-12-16
- Skatteverkets handledning för beskattning av inkomst vid 2010 års taxering, del 3, SKV 336 utgåva 9

9.2. Litteratur

- Almgren, K. och Leidhammar, B. (2006) *Skattetillägg och skattebrott*. Norstedts Juridik
- Berg, U., Berggren, Nils-Olof., Bäcklund, A., Munck, J., Wersäll, F. och Victor, D. (2004) *Brottsbalken – En kommentar. Kap. 25-38. Följdförfattningar*. Norstedts Blå Bibliotek
- Dobson, S. och Palfreman, S. (2002) *Grundläggande nationalekonomi*. Liber Ekonomi
- Ekbom, T., Engström, G. och Göransson, B. (2006) *Människan, brottet, följderna - Kriminalitet och kriminalvård i Sverige*. Natur & Kultur
- Engerstedt, U. och Gometz, U. *Låneförbudet i ABL – särskilt förbudet mot s.k. förvärslån*. Balans 3/95 s. 50
- Grosskopf, G. (1989) *Vinstbolag - Aktiebolags- och skatterättsliga frågor*. Snogeholms Utbildning AB
- Jareborg, N. (1984) *Brotten. Första häftet*. P.A. Norstedt & söners Förlag

Kleineman, J. *Påföljder vid brott mot det s.k. aktiebolagsrättsliga låneförbudet – med särskilt beaktande av kreditansvaret.* JT 1997-98 s. 707

Kågerman, P. *Ständigt detta låneförbud.* JT 1994-95 s. 1143

Leijonhufvud, M. och Wennberg, S. (2009) *Straffansvar.* Nordstedts Juridik

Lindskog, S. (1995) *Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation.* Juristförlaget

Nerep, E. (1994) *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet.* Juristförlaget

Skog, R. (2006) *Rodhes Aktiebolagsrätt.* Nordstedts Juridik

Sten, L. *Något om låneförbudet i aktiebolagslagen – begreppet penninglån och 12 kap. 7 § tredje stycket aktiebolagslagen.* JT 1993-94 s 933

9.3. Rättsfall

NJA 1976 s 618

NJA 1978 s 452

NJA 1986 s 56

NJA 1992 s 717

NJA 1995 s 742

RÅ 1977 1:45

RÅ 1977 ref 81

RÅ 81 1:1

RÅ 81 1:90

RÅ 84 1:1

RÅ 1984 1:90

RÅ 2003 ref 60

RÅ 2004 ref 114

RÅ 2004 ref 115

RÅ 2004 ref 116

RÅ 2004 not 192

9.4. Intervjuer

Henric Fagher, vice chefsåklagare vid Ekobrottsmyndigheten, Första ekobrottskammaren i Göteborg. Maj 2010.