

Juridiska institutionen

Examensarbete

HT 2013, 30 hp

LÅNEFÖRBUDETS VARA ELLER ICKE VARA

– En analys av bestämmelsens bakomliggande syfte och framtid

Emelie Odell



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Handledare: Leif Östling

SAMMANFATTNING

Låneförbudets vara eller ickevara, är en fråga som diskuterats sedan reglerna om förbjudna lån trädde i kraft på 70-talet. Från början föreslog aktiebolagsutredningen ett låneförbud motiverat av borgenärernas skyddsintresse, aktieägaren skulle inte kunna urholka bolagets bundna egna kapital. Senare i lagstiftningsprocessen uppmärksammades dock att aktieägare och bolagets ledning ofta lånade pengar från bolaget för att undkomma dubbelbeskattningens andra led. Risken för skatteflykt kom att bli den bakomliggande faktor som gjorde förbudet strikt med få möjligheter till undantag och dispens. Ett förbjudet lån till någon närstående är således alltid olagligt oavsett låntagarens solvens eller bolagets ekonomiska muskler. Även låneförbudets straffbeläggning med upptill ett års fängelse är en konsekvens av lagstiftarens hårda tag mot den förmodade skatteflykten. Dessvärre verkar det oberättigat att förbjudna lån, som inte erfordrar skada, sanktioneras hårdare än en olovlig värdeöverföring som avkriminaliserades 1975. I dag är skattelagstiftningens hårdare regler tillräckliga, så att även fortsättningsvis kriminalisera låneförbudet synes omotiverat.

Trots omfattande kritik mot reglernas utformning och tillämpning har lagstiftaren återkommande lyckats motivera det strikta låneförbudets kvarvarande. I uppsatsen kartläggs därför förbudets huvudsakliga syften och vad som motiverar bestämmelsernas fortlevande i den svenska rätten. Vid de aktiebolagsrättsliga reformer som ägt rum genom åren har statens fiskala intresse återkommande hamnat i centrum och föranlett ett oförändrat låneförbud. De senaste åren har emellertid regeringen kommit fram till att det bör övervägas att införa särskilda från ABL frikopplade skatterättsliga regler om beskattning av vissa penninglån. Med beaktande av regeringens slutsatser borde hädanefter lagstiftaren kunna bortse från det skatterättsliga syftet vid det fortsatta reformarbetet. Skäl som fortfarande talar för att någon form av reglering av penninglån behövs, är borgenärsskyddet. I likhet med expertkommittéernas förslag borde därför de framtida lånereglerna ses som en del av kapitalskyddsreglerna och utformas med hänsyn härtill.

Det finns ingen högre makt som hindrar lagstiftaren från att helt slopa låneförbudet, regeln är en nationell angelägenhet med ingen som helst koppling till EG-rätten. Den internationella utvecklingen visar att Sverige näst intill är ensam med att tillämpa ett strikt förbud. Risken finns att den svenska regleringen på sikt blir apart och hamnar på efterkälken i den rättsutveckling och harmonisering som ideligen sker. I uppsatsen uppmärksammas lagstiftarens konservativa ställningstagande till förbjudna lån och den styrande maktens politik har visat sig avgörande för reglernas framtid. Kan maktskiftet som inträffat efter nya ABL:s ikraftträdande föranleda att lättnader i lagen införs? Sedan Reinfeldt-regering trädde till makten har låneförbudets kvarvarande återigen ifrågasatts genom nya utredningar och förslag. Nyändningen av en till synes utdöd debatt har åter vaknat till liv.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGSLISTA	7
1 INLEDNING	8
1.1 Ämnespresentation	8
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod	11
1.5 Disposition	13
2 LÅNEFÖRBUD OCH KAPITALSKYDDSREGLER	14
2.1 Allmänt om låneförbudet	14
2.2 Skyddet för bolagets bundna kapital	15
2.2.1 Särskilt om värdeöverföringar	15
3 EN ANALYS AV LÅNEFÖRBUDETS OMFATTNING OCH TILLÄMPNING	17
3.1 Den förbjudna kretsen	17
3.2 Den avgörande tidpunkten för lånet	18
3.3 Undantag och dispens från låneförbudet	19
3.4 Vad omfattas av begreppet ”lämna penninglån”?	20
3.4.1 Annan generisk egendom	20
3.4.2 Normala varukrediter och förskottsbetalningar	21
3.5 Bidrar låneförbudets straffsanktion till rättsosäkerhet och lagtolkningsproblem?	22
3.5.1 Fordrar legalitetsprincipen en restriktiv tolkning av låneförbudet?	22
3.5.2 En extensiv tillämpning och tolkning brukas av rättsväsendet	23
3.5.3 Föreligger det skillnader i hur en allmän domstol tolkar begreppet penninglån i förhållande till hur en allmän förvaltningsdomstol tolkar begreppet penninglån?	26
3.5.4 Galdenärs- och borgenärsbyte omfattas av låneförbudet	27
3.5.5 Andra tolkningsproblem	28
3.6 Avslutande reflektioner	28

4	RÄTTSFÖLJDER VID ÖVERTRÄDELSE AV LÅNEFÖRBUDET.....	30
4.1	Straffrättsligt	30
4.2	Civilrättsligt.....	31
4.2.1	Rättshandlingens ogiltighet	31
4.2.2	Skadeståndsansvar enligt aktiebolagslagstiftningen	31
4.2.3	Skadeståndsansvar enligt skadeståndslagstiftningen.....	33
4.3	Skatterättsligt	34
5	LÅNEFÖRBUDETS BAKOMLIGGANDE SYFTEN	37
5.1	Låneförbudets födelse.....	37
5.2	Aktiebolagsutredningens lagförslag kontra lagstiftarens slutliga lagstiftningsprodukt	37
5.2.1	Ett strikt låneförbud utformas.....	38
5.2.2	Den förbjudna kretsen bildas och låneförbudets sanktioner tar form	39
5.3	Består låneförbudet av ett primärt och ett sekundärt syfte?.....	40
5.3.1	Aktiebolagsformen utnyttjas för att uppnå skattemässiga fördelar – en till bolagsform för de mindre aktiebolagen efterlystes.....	40
5.3.2	Skatteskal låneförbudets huvudsakliga syfte	41
5.3.3	Aktiebolagslagen rätt forum för statsmaktens fiskala problem?.....	42
5.3.4	Borgenärsskyddet fortfarande relevant	42
5.4	Avslutande reflektioner.....	43
6	DEN NYA AKTIEBOLAGSREFORMEN	45
6.1	Aktiebolagskommitténs betänkanden.....	45
6.1.1	Betänkandet SOU 1997:168.....	45
6.2	Departementsbehandlingen av ABL.....	46
7	STRÄVAN EFTER NY LAGSTIFTNING	50
7.1	Utredningen om ett enklare aktiebolag.....	50
7.2	Justitiedepartementets promemoria om ett slopat låneförbud.....	51
7.2.1	Sammanfattning av promemorian.....	52
7.2.2	Granskning av promemorian.....	53

7.2.2.1	Borgenärsskyddsperspektivet	54
7.2.2.2	Aktieägarsskyddsperspektivet	54
7.2.2.3	Slutsats av promemorian.....	55
7.2.3	Avslutande reflektioner.....	56
8	EN ANALYS AV LÅNEFÖRBUDETS RELATION TILL VÄRDEÖVERFÖRINGSREGLERNA.....	57
8.1	Ett tillåtet lån kan strida mot värdeöverföringsreglerna och ett otillåtet lån kan vara lagligt enligt värdeöverföringsreglerna.....	57
8.2	Penninglån eller förtäckt värdeöverföring?.....	57
8.2.1	Gränslandet mellan betalningsduglig och betalningsoduglig	59
8.2.2	Ett tredje implicit låneförbud?.....	60
8.2.3	Kan ett penninglån vara två olika rättshandlingar samtidigt?	61
8.3	Blir låneförbudet en överflödig rättsregel?.....	62
8.4	Avsaknaden av ett bristtäckningsansvar i låneförbudet	63
8.4.1	Skadestånd ett substitut för bristtäckning.....	63
8.4.2	Återbetalningsskyldigheten inte längre absolut, krävs ett bristtäckningsansvar?	65
9	LÅNEFÖRBUDETS STRAFFSANKTION – EN BORTGLÖMD KVARLEVA.....	67
9.1	Låneförbudet kriminaliseras och värdeöverföringsreglerna avkriminaliseras	67
9.1.1	Låneförbudet är straffbelagt på grund av skatteskal.....	68
9.1.2	Ett motsägelsefullt påföljdssystem.....	69
9.2	Låneförbudet ska även fortsättningsvis vara kriminaliserat.....	70
9.3	Låneförbudets straffbestämmelse appliceras av domstolen	70
9.4	Bör låneförbudet avkriminaliseras?	72
9.4.1	Vad säger statistiken?	73
9.4.2	En avkriminalisering kan motiveras av åtskilliga skäl.....	74
9.4.3	Konsekvenserna av en avkriminalisering.....	75
10	ÄR DET DAGS ATT SLOPA LÅNEFÖRBUDET?.....	76
10.1	Internationell utveckling	76
10.2	Sammanfattande tankar och de lege ferenda	78

10.2.1	Hur bör lånereglerna utformas för att uppfylla sitt syfte?	78
10.2.1.1	Låneförbudet ur ett skatterättsligt perspektiv	78
10.2.1.2	Låneförbudet ur ett borgenärs- och aktieägarperspektiv	79
10.2.1.3	Sammanfattande kommentar.....	80
10.2.2	Framtida tolkningsproblem.....	80
10.2.3	Några skattemässiga aspekter och funderingar	81
10.3	Avslutande reflektioner om låneförbudets framtid.....	83
11	REFERENSER.....	86
Bilaga 1	91

FÖRKORTNINGSLISTA

ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965
BrB	Brottsbalken (1962:700)
Brå	Brottsförebyggande rådet
CA	Companies act 2006
DABL	Danska aktiebolagslagen
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
FABL	Finska aktiebolagslagen
FAR	Branschorganisationen för redovisningskonsulter, revisorer och rådgivare
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892
HD	Högsta domstolen
IBB	Inkomstbasbelopp
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
JT	Juridisk tidskrift
KL	Kommunalskattelag (1928:370, upphävd 1999:1230)
KonkL	Konkurslag (1987:672)
NABL	Norska aktiebolagslagen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NUTEK	Tillväxtverket
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152, omtryckt 2003:593)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RR	Rättsfallsreferat från Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SKBL	Skattebrottslag (1971:69)
SkL	Skadeståndslag (1972:207, omtryckt 2001:732)
SN	Skattenytt
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
SvSkT	Svensk skattetidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
ÅRL	Årsredovisningslag (1995:1554)

1 INLEDNING

1.1 Ämnespresentation

”Därmed uppkommer den egendomliga situationen att en bolagsutlåning till en rik aktieägare sanktioneras hårdare än en olovlig värdeöverföring (som avkriminaliserades genom ABL 1975)!”

Följande mening som är skriven av Torsten Sandström fick mig att stanna upp i tentaplugget på termin fem.¹ Kunde det verkligen vara så att penninglån sanktioneras hårdare än bolagsplundring? En olovlig värdeöverföring verkar mer riskfylld än penninglån, så varför anser lagstiftaren att lån till aktieägare måste sanktioneras med fängelse? Det måste finnas en anledning till varför regleringen ser ut som den gör, vad är det lagstiftaren vill skydda? I denna stund föddes idén till min examensuppsats, jag ville utreda de bakomliggande syften som föranlett låneförbudets utformning, en undersökning som resulterat i diskussionen om låneförbudets ”vara eller icke vara”.

Sedan 6 juni 1973 har det funnits ett låneförbud i den svenska aktiebolagsrätten.² Det var i samband med översynen av 1944 års aktiebolagslag som det först uppmärksammades att lån från aktiebolag kunde skada bolagets kreditvärdighet. Den tidigare ordningen saknade lånerestriktioner, det var fritt fram för aktieägare att låna av bolaget utan någon som helst säkerhet.³ Följande mening uttalades av aktiebolagsutredningen för att motivera låneförbudet och har sedan dess återkommande citerats vid debatten om förbudets vara eller icke vara: ”det måste anses strida mot aktiebolagslagstiftningens 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, kanske motsvarande hela aktiekapitalet, består i en fordran mot honom själv.”⁴ Huvudsyftet bakom införandet var att skydda borgenärskollektivet men även skyddet för anställda och andra aktieägare uppmärksammades. Utredningsförslaget innebar att lån fick lämnas till bolagets närstående om lånebeloppet inbegreps inom utdelningsbara medel eller om betryggande säkerhet fanns. Förslaget avlogs vid departementsbehandlingen. Lagstiftaren hade uppmärksammat att aktieägare ofta valde att låna av sitt bolag för att undkomma beskattning och för att komma till bukt med skatteflykten ansåg både regeringen och lagstiftaren att ett strikt låneförbud var påkallat.

Av låneförbudet som i dag återfinns i 21 kap. ABL framgår att det är förbjudet för ett aktiebolag att lämna penninglån till sina ägare och andra som ingår i den s.k. förbjudna kretsen. Ett närstående lån är alltid olagligt, oavsett låntagarens kreditvärdighet. Vid överträdelse av förbudet blir ett flertal

¹ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 329.

² Bestämmelsen infördes i 75 a-c §§ i 1944 års aktiebolagslag (1944:705).

³ Prop. 1973:93, s. 58.

⁴ SOU 1971:15, s. 322. Det välkända uttalandet återges bl.a. i prop. 1973:93, s. 90, SOU 1997:168, s. 86, prop. 2004/05:85, s. 425 f. och SOU 2009:34, s. 241.

rättsföljder tillämpliga, både straffrättslig, civilrättslig och skatterättslig påföljd kan utdömas. Lägg märke till att låneförbudet är en av få aktiebolagsrättsliga regler som fortfarande är straffsanktionerad.⁵ Omständigheten, att låntagaren åtar sig att betala tillbaka beloppet, resulterar i att rättshandlingen blir olaglig trots att beloppet hade kunnat delas ut som en laglig vinst. Nuvarande reglering medför ett regelsystem som förmår aktieägare att välja vinstutdelning fastän vederbörande kanske nöjer sig med att låna beloppet.

Efter låneförbudets införande har regleringens funktion, utformning och nödvändighet kritiserats i statliga utredningar och doktrin. Det faktum att en aktiebolagsrättslig regel utformades efter stark påverkan av skatterättsliga influenser har föranlett omfattande kritik i doktrin genom åren, en debatt som avsvannat på 2000-talet. De expertkommittéer som tillsatts under årens lopp har återkommande förespråkade en avveckling av de strikta låneförbudsreglerna, men trots förslagen har lagstiftaren ideligen lyckats motivera förbudets kvarvarande. Hur det kommer sig att vi har en så säregen rättsfigur i aktiebolagsrätten avser uppsatsen att utreda. Frågeställningen om låneförbudets vara eller icke vara sätts således återigen ifråga.

1.2 Syfte och frågeställningar

Ändamålet med uppsatsen är att utreda låneförbudets bakomliggande syften och motiven till att ett strikt förbud med tillhörande straffsanktion fortfarande finns kvar i associationsrätten. Vidare undersöks bestämmelsernas eventuella överflödighet i aktiebolagsrätten samt möjligheten till ett framtida avskaffande.

- Varför infördes ett låneförbud och vad motiverar förbudets kvarvarande i det svenska rättssystemet?
- Fyller låneförbudet någon självständig funktion i förhållande till värdeöverföringsreglerna och skattelagstiftningen?
- Kan låneförbudet slopas, alternativt kan en avkriminalisering äga rum?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen fokuserar på närståendeförbudet enligt 21 kap. 1 § ABL och kommer därför bara lätt att beröra förvärvslånet enligt 21 kap. 5 §. När det fortsättningsvis talas om låneförbudet är det närståendeförbudet som åsyftas.⁶ Arbetets primära fokus ligger på syftet med lagstiftningen och att utreda möjligheten till att avskaffa eller revidera förbudet. En avgränsning kommer därför ske i förhållande till låneförbudets undantag och dispensbestämmelser, som endast kort kommer

⁵ Olovliga värdeöverföringar avkriminaliserades år 1975, se prop. 1975:103, s. 572.

⁶ För tydlighetens skull och för att undanröja risken för missuppfattningar har begreppen närståendeförbud och närståendelån nyttjats i undantagsfall.

redovisas för att ge en övergripande beskrivning av lagstiftningen. Vissa paragrafer i 21 kap. som berör förteckning över lån och särskilda bestämmelser för publika bolag saknar relevans och har därför nästan helt exkluderats i framställningen. Redogörelsen av förbudets omfattning och tillämpning i kapitel 3 har begränsats till relevant information baserat på frågeställningarna och vad som är grundläggande för läsaren att ha vetskap om. Stor del av den kritik som riktats mot förbudet innefattar just reglernas omfattning och tillämpning, något som redan är ingående behandlat i rättsvetenskapen. Kapitlet är av den orsaken inte uttömmande, utan endast delar av kritiken berörs för att ge en rättvisande bild av regelverket.⁷

Frågeställningarna utgår ifrån ett svenskt associationsrättsligt perspektiv, därför kommer framför allt de civilrättsliga reglerna att utredas men även skattelagstiftningen berörs till viss del i och med att överträdelse av låneförbudet ger skatterättsliga konsekvenser. För att skapa förståelse och djup i utredningen kommer även de andra kapitalskyddsreglerna att behandlas, dock inte uttömmande. Skadeståndsansvar enligt ABL och SkL uppmärksammas också men någon fullständig utredning av skadeståndsfrågan ryms inte inom ramen för arbetet. Uppsatsen åsyftar inte heller att göra en fullständig komparativ studie, utan utländsk lagstiftning nyttjas endast i undantagsfall för att få inspiration och finna lämpliga lösningar för det svenska rättssystemet.

Under arbetets gång har jag uppmärksammat att brott mot låneförbudet får både civilrättsliga, skatterättsliga och straffrättsliga konsekvenser, tre påföljdssystem som kan konkurrera med varandra. Vid överträdelse av låneförbudet kan flera olika påföljder aktualiseras, av intresse i sammanhanget är: fängelsestraff enligt 30 kap. ABL, återbetalningsskyldighet, skatt på lånebeloppet enligt IL med eventuellt skattetillägg om långgivaren inte deklarerar det otillåtna lånet och skattebrott om vederbörande försökt undandra det allmänna skatt. Om åtal väcks för brott mot låneförbudet enligt 21 kap. ABL i allmän domstol utesluts möjligheten att väcka åtal för skattebrott eller påföra skattetillägg i enlighet med dubbelbestraffningsförbudet. Även om vederbörande inte åtalas i allmän domstol för överträdelse av 21 kap. kan vederbörande både dömas för skattebrott och påföras skattetillägg, vilket anses strida mot Europakonventionen och den s.k. *ne bis in idem*-principen.⁸ Som framgår enligt ovan kan flera av låneförbudets sanktionsformer konkurrera med varandra. Påföljdssystemet strider eventuellt mot principen om *ne bis in idem* men rättsläget är fortfarande inte klarlagt. Med hänsyn till Haparandamålet har HD i år (genom pleniavgörande) slagit fast att en

⁷ För en gedigen utredning om låneförbudsreglerna och då framför allt diskussion om reglernas omfattning och tillämpning, se Nerep, Studier, s. 273 ff. och Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 149 ff.

⁸ Se artikel 4 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen och artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som förbjuder att ett och samma brott prövas i två olika förfaranden. EU-domstolen slog fast i Haparandamålet (Mål C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson) att principen om dubbelbestraffning inte hindrar en medlemsstat från att för samma gärning tillämpa en kombination av straffrättsliga och skatterättsliga sanktioner. En förutsättning är dock att skattetillägget inte har en straffrättslig karaktär. Följande bedömning skall göras av nationell domstol utifrån tre kriterier som EU-domstolen radar upp.

person som lämnar oriktiga uppgifter, inte får åtalas för skattebrott om skatteverket redan beslutat om skattetillegg.⁹ Som kontring föreslog justitierådet i höst en lagändring för att komma runt dubbelbestraffningsförbudet.¹⁰ Den livliga debatt som just nu sker om dubbelbestraffning rymms dessvärre inte inom ramen för uppsatsen, vi får helt enkelt avvakta och se om rättsläget klarnar.

1.4 Metod

Uppsatsen har som utgångspunkt anlagt ett rättsdogmatiskt förhållningssätt till frågeställningarna. De traditionella rättskällorna lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin har som utgångspunkt studerats i enlighet med rättskällevärdet för att tolka och systematisera låneförbudet. Enligt Jareborg förknippas rättsdogmatik primärt med rekonstruktion av gällande rätt, rättsdogmatikern arbetar således utifrån ett systeminternt perspektiv.¹¹ ”Gällande rätt” blir därför utgångspunkt i framställningen men som Sandgren påpekar är detta bara början på det fortsatta rättsdogmatiska arbetet.¹² Rättsdogmatiken innefattar således inte bara gällande rätt utan även analys av rättssystemet och förslag på lösningar. I uppsatsen har dock inte en helt strikt rättsdogmatisk metod tillämpats för underrättsfall och regeringsbeslut har beaktats. Vidare förs även en rättspolitisk argumentation om låneförbudets framtid och de lege ferenda.¹³ Dessutom har en komparativ metod tillämpats när jämförelser görs med utländska rättsordningar.¹⁴ Viss statistik har också inhämtats från Brå för att konkret undersöka om brott mot låneförbudet förekommer. För att bringa klarhet i vissa rättsfrågor har mailkorrespondens ägt rum med professor Jan Andersson och professor Erik Nerep.

Anledningen till att ett strikt låneförbud infördes kan vid en första anblick verka självklar men vid närmare efterforskningar visar det sig att det råder viss osäkerhet kring varför ett absolut förbud trädde i kraft. Var det på grund av skatteskäl, borgenärernas skyddsintresse, strävan att motverka ekonomiska oegentligheter eller något helt annat? Debatten om förbudets huvudsakliga syfte är inte heller helt utredd i doktrin. Det är således motiverat att gå till botten med lagstiftningens ändamål och ingående analysera de skäl som motiverade ett strikt förbud. För att kunna bedöma låneförbudets vara eller icke vara måste regelns skyddsintressen utredas. Därför är förarbetena till 21 kap. ABL centralt material i uppsatsen som noga undersöks för att kunna urskilja förbudets

⁹ Se HD:s uttalanden i mål nr B 4946-12, jfr med HD:s tidigare inställning i NJA 2010 s. 168 I och II och NJA 2011 s. 444 som nu frångåtts.

¹⁰ SOU 2013:62, Förbudet mot dubbla förfaranden – och andra rättssäkerhetsfrågor i skatteförfarandet.

¹¹ Vidare framhåller Jareborg att vid rättsdogmatisk argumentation kan perspektivet vidgas och gå utanför gällande rätt, ”Det är helt legitimt för rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar.” Se Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 4.

¹² Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, Tfr 2005, s. 650.

¹³ Peczenik framhåller att rättsdogmatiken innehåller både tolkning och värderande ståndpunkter, se Peczenik, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005, s. 249 ff. Se också Kleineman som menar att i vissa fall kan en friare argumentation tillåtas inom den rättsdogmatiska metoden, se Kleineman, Juridisk metodlära, s. 30. Se även Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Ämne, material, metod och argumentation, s. 62.

¹⁴ Komparativ metod är i dag en erkänd juridisk metod som går ut på att jämföra olika rättssystem, se Valguarnera, Juridisk metodlära, s. 141 ff.

bakomliggande ändamål. De förarbeten som framför allt vägs in i analysen är betänkanden, propositioner och remissyttranden. Förarbeten skall vid en rättsdogmatisk metod regelmässigt användas som hjälpmedel och tolkningsverktyg till den dominerande rättskällefaktorn, lagstiftningen. Frågeställningarna gör således att förarbetena får större betydelse än som bara subsidiära rättskällor.¹⁵

Även doktrin har en framträdande roll i arbete då stor kritik har framförts i böcker och artiklar. Två verk, Erik Nereps *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet* från 1994 och Stefan Lindskogs *Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. – Kapitalskydd och likvidation* från 1995, är av särskild betydelse för framställningen. De båda verken berör kapitalskyddsreglerna ingående och har då gediget utrett låneförbudet och ifrågasatt dess omfattning och tillämpning men även kritiserat dess skatterättsliga karaktär. Debatten kring låneförbudets vara eller icke vara har avstannat sedan slutet av 90-talet, materialet är därför några år gammalt men ändå i stora delar fortfarande aktuellt för inga större ändringar har inträffat. I år 2013, kan möjligtvis debatten få en nytändning tack vare justitiedepartementets förslag om ett slopat låneförbud och Urban Båvestams artikel som kommenterar förslaget. Både artikeln och departementsförslaget är nytillskott i debatten och behandlas därför relativt ingående i uppsatsen. Tack vare att materialet är alldeles nytt skiljer sig min uppsats från vad som tidigare skrivits i ämnet men avsaknaden av nyare litteratur är dock påtaglig, därför har visst relevant material från artiklar som berör låneförbudet ur ett skatterättsligt perspektiv vägt in i uppsatsen. Även hur regleringen ser ut i andra länder har beaktats för att kunna göra en någorlunda korrekt bedömning av framtiden.

Rättspraxis kommer också att undersökas närmare. Vid utredningen om låneförbudets omfattning och tillämpning har en del skatterättslig praxis beaktats till följd av att det helt enkelt saknas bolagsrättslig praxis på vissa områden. Även domar som berör brott mot förvärvslåneförbudet och olaglig värdeöverföring har uppmärksammats på grund av avsaknaden av praxis som berör närståendeförbudet. Praxis har även använts för att belysa tolkningssvårigheter samt klarlägga delar av den rättsosäkerhet och lagtolkningsproblematik som hävdas i doktrin. Vid diskussionen kring förbudets straffsanktion är även här praxis knapphändig, därför kommer underrättsfall att beröras.

För att kunna uppfylla syftet med uppsatsen kommer ett svenskt aktiebolagsrättsligt perspektiv att användas när låneförbudet ifrågasätts och analyseras. Förbudet att lämna penninglån till närstående är en nationell reglering som saknar EG-rättslig motsvarighet. Vissa komparativa inslag kommer ändå förekomma för att belysa utvecklingsmöjligheter och argument som kan vara vägledande för det svenska rättssystemet. Syftet är således att ge fördjupad kunskap på området men även

¹⁵Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, En lärobok i allmän rättslära, s. 358.

praktiska aspekter är värdefulla. Hur en rättsordning har löst en viss fråga kan ge inspiration till lösningsförslag i en annan rättsordning, att vi lånar och härmar varandra är ingen nyhet. Vid granskningen av utländsk rätt har den primära rättskällan varit lagtext, men i vissa fall har även förarbeten och doktrin kommit till användning. Paralleller kommer framför allt att göras gentemot de nordiska rättsordningarna på grund av strävan efter nordisk rättslikhet på det associationsrättsliga området. Dessutom undersöks hur regleringen ser ut i England, Tyskland och Frankrike för att få en antydning till hur den europeiska rättsutvecklingen ser ut på området.

1.5 Disposition

Uppsatsens *andra kapitel* inleds med en överblickande redogörelse om aktiebolagsrättens låneförbud och andra kapitalskyddsregler. I *kapitel tre* görs en relativt djupgående undersökning av låneförbudets funktion och omfattning. Det är viktigt att läsaren redan från början är väl insatt i komplexiteten kring vilka transaktioner och personer som omfattas av förbudet. I det *fjärde kapitlet* redovisas de påföljder som finns till buds om förbudet överträds. Uppsatsens första del är således av mer deskriptiv karaktär med analyserande inslag för att läsaren ska bli väl insatt i det svenska rättsläget och därigenom enklare förstå de kommande kapitlen.

Kapitel fem presenterar en historisk bakgrund till låneförbudets införande på 70-talet. Kapitlet ämnar utreda varför lagstiftaren förordnade om ett totalförbud, i kontrast till det mindre ingripande utredningsförslaget. Vidare kommer förbudets huvudsakliga syfte att utredas och en diskussion förs kring att vi möjligtvis har en skatterättslig regel i associationsrätten. Härfter i *kapitel sex*, presenteras de olika förslag som lagts fram genom åren och vi ser än en gång hur lagstiftaren avstyrker förslaget om låneförbudets upphävande vid införandet av nya ABL. De senaste förslagen om ett slopat låneförbud som ännu inte behandlats av lagstiftaren uppmärksammas och granskas i *kapitel sju*. Syftet är att bringa klarhet i låneförbudets utveckling samt synliggöra för- och motargument för reglernas kvarvarande. I *kapitel åtta* görs en mer djupgående analys av förbudets relation till värdeöverföringsreglerna. Möjligheten att avkriminalisera låneförbudet undersöks därefter i *kapitel nio*. Slutligen i *kapitel tio* ifrågasätts förbudets vara eller icke vara, är det möjligt att slopa låneförbudet? Kapitlet inleds med en måttfull utredning av förbudet i en internationell kontext. Rättsläget i Norden och övriga Europa har stor inverkan för svensk rätts vidkommande så för att kunna avgöra låneförbudets öde är utländska influenser av central betydelse. Därefter följer de lege ferenda baserat på mina egna åsikter och resonemang av det samlade materialet. Sist men inte minst avslutas uppsatsen med sammanfattande reflektioner om låneförbudets framtid.

2 LÅNEFÖRBUD OCH KAPITALSKYDDSREGLER

Inledningsvis ges en kort presentation av de båda låneförbuden för att introducera läsaren till regelsystemet. Eftersom låneförbudsreglerna bör ses i ljuset av associationsättens kapitalskyddsregler och författas med hänsyn härtill, är det av särskild vikt för fortsatt läsande att även kapitalskyddsreglerna och då framför allt reglerna om värdeöverföringar ges en närmare presentation.

2.1 Allmänt om låneförbudet

I 21 kap. ABL finns två olika förbud för aktiebolag att lämna lån, närståendeförbudet, 1 § och förvärvslåneförbudet, 5 § även kallat det generella respektive det särskilda låneförbudet.¹⁶ I förhållande till de andra kapitalskyddsreglerna är låneförbudet ett modernt påfund och har funnits i Sverige sedan de infördes år 1973.¹⁷ Grunderna till varför ett låneförbud infördes brukar framför allt sammanfattas i två skäl. Det *första* är regelns betydelse som skyddsverkan för bolagets borgenärer, det bundna kapitalet får inte urholkas.¹⁸ För det *andra* infördes förbudet på grund av skattemässiga skäl. Lagstiftaren ville komma till rätta med den form av skatteflykt som tycktes råda, att aktieägare och andra i den förbjudna kretsen lånade pengar från bolaget för privat konsumtion i syfte att undkomma beskattning.¹⁹

Närståendeförbudet riktar sig mot låntagarkretsen medan förvärvslåneförbudet gäller oberoende av vem som är låntagare och i stället tar förbudet sikte på syftet med lånet, som inte får vara att förvärva aktier i det långivande bolaget. De två paragraferna är på så sätt två oberoende förbud skilda från varandra. Visserligen täcker förvärvslåneförbudet delvis samma situation som närståendeförbudet men får en självständig betydelse om låntagaren ännu inte tillhör den förbjudna kretsen.²⁰ Kapitlets 3 § likställer ställande av säkerhet med lämnande av penninglån och omfattar således pant, borgen och garanti, eftersom ställande av säkerhet kan vara en lika riskabel transaktion för borgenärerna.²¹ Vid brott mot låneförbudet är den straffrättsliga sanktionen böter eller fängelse i högst ett år, därutöver kan rättshandlingen bli ogiltig och ett eventuellt skadestånd kan komma att utdömas.²² Ett förbjudet lån får även skatterättsliga konsekvenser. Den som mottagit lånet skall

¹⁶ Benämningen nyttjas framför allt av Nerep, se Nerep, Studier, s. 274.

¹⁷ Kapitalskyddsreglerna återfanns redan i 54 § i 1910 års aktiebolagslag (1910:88). Låneförbudet placerades i 75 a-c §§ i 1944 års aktiebolagslag, placeringen var endast tillfällig för lagstiftaren arbetade med att utforma en helt ny aktiebolagslag som utfärdades år 1975. Låneförbudet placerades då med de andra kapitalskyddsreglerna i 12 kap.

¹⁸ SOU 1971:15, s. 322 ff. och prop. 1973:93, s. 90 f.

¹⁹ Prop. 1973:93, s. 65 f. och s. 90.

²⁰ Rodhes aktiebolagsrätt, s. 113.

²¹ Prop. 1973:93, s. 135.

²² 30 kap. 1 § första stycket 4, 21 kap. 11 § och 29 kap. ABL. Även skadestånd enligt 2 kap. 2 § SkL kan bli aktuellt.

deklarerar beloppet och om vederbörande inte deklarerar lånet föreligger en risk att låntagaren döms för skattebrott.²³

2.2 Skyddet för bolagets bundna kapital

Aktiebolagsrätten bygger på två ”regelsystem”, skyddet för borgenärerna och skyddet för aktieägarminoriteten. Flertalet regler i ABL, med hänsyn till det bakomliggande syftet, kan sorteras in antingen under minoritetsskyddsreglerna eller under borgenärsskyddsreglerna. Minoritetsskyddsreglerna är dispositiva såvitt alla aktieägare är överens, för en ensam aktieägare är därför reglerna betydelselösa. För min framställning är det borgenärsskyddsreglerna som är av särskild vikt, ett förbjudet lån kan nagga det bundna kapitalet i kanten och på så vis skada fordringsägarna. Borgenärsskyddsreglerna är alltid tvingande för bolaget, från dess bildande tills dess att bolaget likvideras eller går i konkurs.²⁴ Varje aktiebolag måste ha ett aktiekapital som delas in i fritt eget kapital samt bundet eget kapital, förmögenhetsbufferten syftar främst till att skydda borgenärerna.²⁵ Genom särskilda skyddsregler för bolagets bundna kapital dras i princip en yttersta gräns för vad som anses vara borgenärernas befogade kapitalintressen.²⁶ Aktieägarnas ansvarsfrihet är kärnan i hela aktiebolagsrätten, därför finns det åtskilliga föreskrifter i ABL som reglerar tillskjutandet av kapital till bolaget samt regler som ser till att kapitalet stannar i bolaget och skyddas, främst från dess egna ägare.

2.2.1 Särskilt om värdeöverföringar

Syftet med ett aktiebolag är att skapa vinst för sina aktieägare.²⁷ Om bolaget genererar vinst är det upp till ägarna att avgöra hur de fria medlen ska disponeras. När förmögenhet transporteras från bolaget till aktieägarna eller annan, går i dag under samlingsbegreppet värdeöverföring. Tidigare i 1975 års lag kallades dessa transaktioner för utbetalningar men vid reformen 2005 introducerades i stället det vidare begreppet, värdeöverföringar.²⁸ Med begreppet avses vinstutdelning, förvärv av egna aktier, minskning av aktiekapitalet eller reservfonden samt annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget, s.k. förtäckt värdeöverföring.²⁹ Värdeöverföringar är benefika rättshandlingar som bolaget utger utan någon

²³ 11 kap. 45 § respektive 15 kap. 3 § IL och 2-4 §§ SKBL.

²⁴ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 11 ff. och Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 17.

²⁵ För privata aktiebolag ska aktiekapitalet som minst vara 50 000 kr och för de publika ska aktiekapitalet överstiga 500 000 kr, se 1 kap. 5, 14 §§ ABL.

²⁶ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 14.

²⁷ Se dock 3 kap. 3 § ABL angående verksamhetens syfte, ett bolag kan drivas utan vinstintresse.

²⁸ I syfte att tydliggöra kapitalskyddsreglernas vida tillämpningsområde föreslog aktiebolagskommittén en begreppsändring. I lagen talas det därför om ”värdeöverföring” i stället för ”utbetalning”, se SOU 1997:68, s. 66, se även prop. 2004/05:85, s. 370 f. I uppsatsen används det nyare begreppet ”värdeöverföring”, även i de fall jag talar om äldre rätt.

²⁹ 17 kap. 1 § ABL.

motprestation.³⁰ För att en värdeöverföring skall vara tillåten måste ”beloppsspärren” och ”försiktighetsregeln” i 17 kap. 3 § följas. En värdeöverföring får aldrig äga rum om det efter överföringen saknas full täckning för bolagets bundna egna kapital.³¹ Trots att en värdeöverföring inte strider mot beloppsspärren kan transaktionen vara olovlig i enlighet med försiktighetsregeln i 17 kap. 3 § stycke 2-3, som innebär att hänsyn måste tas till framtida utveckling och risker. Så som namnet indikerar fungerar bestämmelsen som ett yttersta skydd, en aktsamhetsnorm.³² En värdeöverföring måste dessutom ha beslutats antingen på bolagsstämman eller av alla aktieägare så likhetsprincipen och generalklausulerna respekteras.³³ Vid åsidosättande av dessa skyddsregler, alternativt att beslutsprocessen inte gått rätt till, sker en olovlig värdeöverföring.³⁴ Rättsföljden är först och främst återbäringsskyldighet men om mottagaren är insolvent eller skyddas av godtrosregeln kan en brist uppkomma. De personer som på olika sätt medverkat till värdeöverföringen kan då bli bristtäckningsansvariga.³⁵ Dessutom kan ytterligare påföljder som regleras utanför ABL:s regelverk i vissa situationer tillämpas bl.a. reglerna om återvinning i konkurs, brottsbalkens regler om brott mot borgenärer samt möjligheten till ersättning genom SkL.³⁶

Anledningen till att kapitalskyddsreglerna och framför allt värdeöverföringsreglerna berörts så pass utförligt nu i början, är för att läsaren skall lägga märke till likheter och skillnader mellan regleringarna. Låneförbudet och värdeöverföringsreglerna kan ses som två parallella rättsfigurer, som kan tillämpas på en och samma rättshandling men ge olika resultat och rättsföljder. Från början reglerades låneförbudet i samma kapitel som de övriga kapitalskyddsreglerna, vilket ytterligare påvisar deras samfällighet.³⁷ Reglernas utveckling har dock gått olika öden till mötes. En olovlig värdeöverföring avkriminaliserades redan 1975, då den nya aktiebolagslagen stod klar, medan ett otillåtet lån fortfarande än i dag sanktioneras med böter eller fängelse.³⁸

³⁰ Uppmärksamma att en dålig affär inte räknas som en värdeöverföring i lagens mening, se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 296 och Rodhes aktiebolagsrätt, s. 84 f.

³¹ Beräkning grundar sig på den senast fastställda balansräkningen med beaktande av ändringar i det bundna egna kapitalet som skett efter balansdagen.

³² Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 307 f.

³³ Se 18 kap., jfr 17 kap. 2 § ABL.

³⁴ I praktiken är en förtäckt värdeöverföring alltid en olovlig värdeöverföring för de formella kraven i 18 kap. ABL om vinstutdelning inte uppfylls. Observera dock att den förtäckta värdeöverföringen är tillåten om alla aktieägare är överens och 17 kap. 3-4 §§ är uppfyllda, se Lehrberg, Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”, SvJT 2012, s. 539.

³⁵ 17 kap. 6, 7 §§ ABL. Även skadeståndsskyldighet enligt 29 kap. är möjligt men högst osannolikt. För att en borgenär skall kunna erhålla skadestånd direkt av skadevällaren förutsätts att bolaget genom den skadegörande handlingen har blivit insolvent eller att en redan bestående insolvens har förvärrats. Insolvenskravet framgår av NJA 1979 s. 157. I praktiken är det alltså helt hopplöst att få skadestånd denna väg.

³⁶ Se 4 kap. KonkL, 11 kap. BrB och 2 kap. 2 § SkL.

³⁷ Se 12 kap. Aktiebolagslagen (1975:1385).

³⁸ 30 kap. 1 § första stycket 4 ABL.

3 EN ANALYS AV LÅNEFÖRBUDETS OMFATTNING OCH TILLÄMPNING

I följande kapitel kommer läsaren introduceras mer ingående till regelverket som reglerar förbjudna lån. Det är av stor betydelse för fortsatt läsandet att bli väl insatt i problemkomplexiteten vid bedömningen om en affärstransaktion omfattas av låneförbudet eller inte. I och med att förbudet är straffsanktionerat har det hävdats att bestämmelsen skall tolkas restriktivt med hänsyn till legalitetsprincipen. Därför berör kapitlet även tolkningen av låneförbudet som föranlett meningsskiljaktigheter i framför allt praxis och doktrin.

3.1 Den förbjudna kretsen

Enligt 21 kap. 1 § ABL förbjuds aktiebolag att lämna penninglån till vissa närstående till bolaget, paragrafen identifierar den förbjudna kretsen som består av aktieägare, styrelseledamot och vd i bolaget eller i ett annat bolag inom samma koncern. Låneförbudet omfattar även styrelsesuppleant och vice vd.³⁹ Den förbjudna kretsen innefattar även andra personer som har en nära parrelation eller släktskap till dem som ovan nämnts.⁴⁰ En juridisk person som någon i den förbjudna kretsen ensam eller tillsammans med någon annan som avses där, har ett bestämmande inflytande över omfattas också av bestämmelsen. Förbudsregeln gäller oavsett låntagarens hemvist, säte eller annan anknytning.⁴¹ Dessa vidsträckta bestämmelser syftar till att förhindra kringgåenden av förbudet. Avgörande för om en person betraktas som vd eller styrelseledamot i ABL:s mening är anmälan för registrering, sålunda kan vederbörande enligt en strikt tolkning inte omfattas av förbudet förrän registrering skett. En utsedd men ännu inte anmäld vd eller styrelseledamot som de facto tjänstgör som detta, torde ändå omfattas av lagens tillämpning men det har överlämnats till rättstillämpningen att avgöra.⁴²

³⁹ Det sagda framgår av 8 kap. 3 och 28 §§ ABL, se även prop. 2004/05:85, s. 802 och prop. 1973:93, s. 95 och 133.

⁴⁰ Släktkatalogen omfattar:

- Maka eller make och sambo, förutsatt att de sammanboende är två personer som stadigvarande bor tillsammans i ett parförhållande och har gemensamt hushåll.
- Far, mor, farfar, farmor, morfar och mormor.
- Styvfar, styvmor, fars eller mors styvfar och styvmor.
- Barn, barnbarn, barns make och barnbarns make.
- Makes far och mor, makes farföräldrar och morföräldrar.
- Makens barn och makes barnbarn.
- Syskon, makes syskon och syskons make.
- Där ”närståendelänken” utgörs av äktenskap, är det tillräckligt om samboförhållande - under samma förutsättningar som ovan - föreligger, varför till den s.k. närståendekretsen även hör barns sambo, barnbarns sambo, sambos far och mor, sambos far- och morföräldrar, sambos barn och barnbarn, sambos syskon och syskons sambo, se Nerep & Samuelsson, Aktiebolagslagen – En djup kommentar, kommentar till 21 kap. 1 §, avsnitt 1.6.4.

⁴¹ Nerep, Studier, s. 286.

⁴² Prop. 2004/05:85, s. 802, se även Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 163, not 59. Bolagets revisor ingår däremot inte i den uppräknade kretsen men enligt jävsbestämmelserna i 9 kap. 17 § ABL får revisorn inte stå i skuld till bolaget eller annat bolag inom samma koncern, se Aktiebolagslagen – en kommentar. Del II, s. 21:5.

3.2 Den avgörande tidpunkten för lånet

Det räcker inte att bara fastställa vilka personer som omfattas av närståendebegreppet utan tidpunkten för bedömningen om någon tillhör den förbjudna kretsen avgör om lånet blir legitimt. Ordvalen *lämna* penninglån och *ställa* säkerhet i kapitlens 1 och 3 §§, tyder på att bedömningen ska ske när låneavtalet ingås. Det anses således framgå av lagtextens lydelse att lånebeloppet ska ställas till låntagarens förfogande och det straffrättsliga ansvaret utlöses vid verkställandet av utbetalningen. Om en person först lånar pengar av bolaget och därefter inträder i den förbjudna kretsen blir inte låneförbudet tillämpligt och det föreligger inte någon skyldighet för det långivande bolaget att återkräva lånet.⁴³ Däremot kan en frivillig förlängning av lånet till någon som senare inträtt i den förbjudna kretsen kunna ses som ett nytt lån och därmed är förbudet enligt lagens mening.⁴⁴

Från ett civilrättsligt perspektiv borde den brottsliga gärningen ha begåtts redan vid det tillfälle då långivaren på ett juridiskt sätt åtagit sig att lämna lån eller ställa säkerhet. Om ett löfte om att låna ut pengar har avgivits men ännu inte verkställts, uppstår frågeställningen om utfästelsen är att likställa med brott mot låneförbudet. Försök till brott mot låneförbudet saknar dock straffrättslig reglering, det krävs att brottet är fullbordat, att utbetalningen faktiskt sker.⁴⁵ En borgensförklaring innebär i princip samma sak som ett löfte om lån men redan avgivandet av en borgensförklaring utgör ett fullbordat brott. I likhet med andra utfästelser borde brottet anses fullbordat när borgensansvaret leder till att en utlåning faktiskt sker, men så är inte fallet.⁴⁶ NJA 1992 s. 717 gällde en köpeskillning som gjorts beroende av en framtida försäljning av en tillgång och frågan huruvida infriande av en utfästelse var att betrakta som brott mot låneförbudet besvarades. HD anförde att bolagets ”betalningsutfästelse betraktas som en säkerställandeåtgärd, närmast jämförlig med borgensutfästelse men mera långtgående”, syftet med utfästelsen var att försäkra att förvärvet av aktierna i bolaget skulle kunna genomföras. Upplägget stred enligt domstolen mot förvärvslåneförbudet. Rättsfallet visar att brott mot låneförbudet inte alltid måste innebära att utlåningen faktiskt sker för att ansvar skall kunna utdömas, åtminstone inte om utfästelsen betraktas som en säkerställande åtgärd. I sin prövning besvarar dock HD endast vad som gäller för säkerheter och penninglån som redan är verkställda (betalningsutfästelsen likställdes som sagt med en

⁴³ Om syftet med lånet är att förvärva aktier i det långivande bolaget träffas lånetransaktionen av 21 kap. 5 § ABL.

⁴⁴ Rodhes aktiebolagsrätt, s. 116 samt Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 165 f.

⁴⁵ Se 23 kap. 1 § första stycket BrB som säger att ett särskilt stadgande krävs för att försök till brott skall vara brottsligt, något sådant stadgande återfinns inte i 30 kap. 1 § ABL.

⁴⁶ Nerep, Studier, s. 403.

borgensutfästelse som är fullbordad redan vid avgivandet), vad som gäller för utfästelser eller löften om lån som ännu inte fullbordats, går inte att utläsa av domen.⁴⁷

3.3 Undantag och dispens från låneförbudet

Penninglån får lämnas till den förbjudna kretsen om något av undantagen i 21 kap. 2 § är uppfyllda. Lån får ges om gäldenären är en kommun, landstingskommun eller kommunalförbund, alternativt om gäldenären är företag i en koncern i vilken det långivande bolaget ingår eller om gäldenären driver rörelse och lånet betingas av affärsmässiga skäl och är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse. Lån får även lämnas om det har tagits upp inom ramen för viss statlig upplåning eller om låntagarens eller hans närståendes aktieinnehav tillsammans understiger en procent av aktiekapitalet. Ett av de viktigaste och vanligaste undantagen är koncernlån. Undantaget motiveras genom att en koncern ses som en helhet, de olika verksamheterna inom en koncern bedrivs ofta så de olika rörelserna mer eller mindre sammanförs till en enda rörelse. Lagstiftaren vill inte omöjliggöra normala dispositioner inom koncernen. Ur ett borgenärsperspektiv utgör lån mellan bolag i en koncern inte lika riskfyllda transaktioner som ett penninglån till en aktieägare. Även ur ett skatterättsligt perspektiv bör lån mellan koncernbolag undantas från förbudsreglerna eftersom skattelagstiftningen innebär att ett koncernbidrag är avdragsgillt för givaren men beskattas hos mottagaren.⁴⁸ Det bör i sammanhanget uppmärksammas att koncernlån förutsätter att det finns medel att låna ut hos det givande bolaget samt återbetalningsförmåga hos låntagaren annars kan transaktionen strida mot 17 kap. ABL.

Skatteverket kan medge dispens från låneförbuden i 21 kap. 1, 3 och 5 §§.⁴⁹ För att erhålla dispens måste synnerliga skäl föreligga, bestämmelsen är således mycket restriktiv. Enligt förarbetena är ändamålet med lånet avgörande vid bedömningen och stor hänsyn måste vidtas så lånemöjligheterna inte utnyttjas i skatteflyktssyfte.⁵⁰ Tillstånd får ej beviljas om lånet ska användas för gäldenärens privata konsumtion, där inräknat förvärv av bostad vilket tydligt framgår av förarbetena.⁵¹ Lämnas dispens är styrelsen och vd skyldiga att föra en särskild förteckning över

⁴⁷ Jfr med hovrättens bedömning om utfästelsen skulle betraktas som ett fullbordat brott mot 21 kap. 5 § eller inte ”Om den i stället betraktas som utfästelse att i framtiden lämna lån, skulle den ej innebära fullbordat brott förrän lånet betalats ut. Den föreliggande tvisten ger emellertid ej underlag för säker bedömning av var ett möjligt straffrättsligt ansvar borde placeras.” I och med att HD klassificerade utfästelsen som säkerställande åtgärd jämförlik med borgensutfästelse strider upplägget mot 21 kap. 5 §, en borgensförbindelse är redan fullbordad vid avgivandet.

⁴⁸ 35 kap. IL och prop. 1973:93, s. 92 f.

⁴⁹ Finansinspektionen medger dispens för de bolag som står under deras tillsyn, se 21 kap. 8 § ABL.

⁵⁰ Se specialmotiveringen i prop. 1973:93, s. 135 f. Se även föredragandens uttalanden i prop. 1973:93, s. 94, att dispensreglerna främst infördes för att underlätta generationsskiften i fåmansbolag.

⁵¹ Prop. 1973:93, s. 135. Uppmärksamma att aktiebolagsutredningen föreslog att just vd eller annan anställd *inte* skulle omfattas av låneförbudet med hänsyn till behovet av att låna för att förvärva en bostad, se SOU 1971:15, s. 322.

sådana lån och säkerheter.⁵² Ett åsidosättande av den administrativa bestämmelsen sanktioneras likaledes med böter eller fängelse i högst ett år.⁵³ Innan en dispens kan beviljas måste bolagets kända borgenärer (däri inräknat skatteverket och kronofogden) höras över ansökan, om det inte är uppenbart att borgenärernas ställning inte påverkas av ansökan.⁵⁴ Ett viktigt påpekande även här är att ett lån kan vara otillåtet trots att dispens har beviljats, nämligen i de fall lån utgör en olovlig värdeöverföring enligt 17 kap. ABL.

3.4 Vad omfattas av begreppet "lämna penninglån"?

Enligt 21 kap. 1 § är det just penninglån som är förbjudet att ge till närstående. Någon närmare definition av begreppet ges inte i lagtexten. För att ett lån ska anses föreligga krävs att det har avtalats att mottagaren av lånet skall vara återbetalningspliktig, kravet skiljer lån från andra värdeöverföringar.⁵⁵ Gränsen för vilka transaktioner som omfattas av begreppet penninglån är av central betydelse vid användandet av olika finansieringsmodeller. Vilka transaktioner som innefattas i begreppet och vilka transaktioner som faller utanför kommer härnäst att undersökas.

3.4.1 Annan generisk egendom

Lagtexten nämner endast penninglån i sin lydelse, därför kan det hävdas att lån av annan egendom än pengar inte träffas av bestämmelsen.⁵⁶ Nerep å sin sida poängterar att även lån i form av annan egendom *kan* träffas av förbudet om det som utlånas erfarenhetsmässigt utan större svårigheter och direkt kan omvandlas i pengar. Vidare anføres att det inte är helt säkert att förbudet överträds vid en sådan lånetransaktion, i bedömningen måste även andra omständigheter vägas in, exempelvis det långivande bolags verksamhet, låntagarens verksamhet och sedvana för liknande transaktioner. Ett uppenbart fall av brott mot låneförbudet är om ett bolag, som normalt inte handlar med olja, köper in en stor kvantitet för att låna ut till någon som tillhör den förbjudna kretsen och därefter säljs oljan direkt vidare av vederbörande och lånet betecknas som långsiktigt.⁵⁷ Lindskog å sin sida är mer kritisk och menar att förbudet tar sikte på lån av pengar, dvs. försträckning, annan generisk egendom omfattas inte. Vidare anför Lindskog att i undantagsfall kan det vara tal om penninglån trots att låntagaren mottagit annan egendom än pengar. Vad det är för typ av egendom som har mottagits blir avgörande för bedömningen om egendomen kan jämföras med penningmedel och som enda exempel nämns börsnoterade värdepapper.⁵⁸ Nerep är således mer positivt inställd till att

⁵² Även lån som lämnats med stöd av undantaget i 21 kap. 2 § första stycket p. 3, s.k. kommersiella lån, ska tas upp i förteckningen, se 21 kap. 10 § ABL.

⁵³ 30 kap. 1 § första stycket 4 ABL.

⁵⁴ Om en borgenär begär att deras fordran betalas eller betryggande säkerhet ställs är det en förutsättning att detta uppfylls för att dispens skall kunna beviljas, se 21 kap. 9 § första och andra stycket ABL.

⁵⁵ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 159.

⁵⁶ Om annan egendom än pengar omfattas av begreppet besvaras inte i förarbetena, jfr prop. 1973:93, s. 133.

⁵⁷ Nerep, Studier, s. 305 f.

⁵⁸ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 159.

annan egendom än pengar omfattas av förbudet medan Lindskog tillstår att möjligheten finns men bara i undantagsfall.

3.4.2 Normala varukrediter och förskottsbetalningar

Enligt förarbetena träffas inte normala varukrediter av låneförbudet men om kreditvillkoren är ovanligt förmånliga kan krediten behandlas som ett maskerat penninglån.⁵⁹ Vad som räknas som normala varukrediter framgår dessvärre inte av förarbetena. Nerep framhåller att som utgångspunkt vid prövningen om ett kreditvillkor är normalt torde vara kreditlängden, avkastningsränta och eventuell dröjsmålsränta. Om villkoren avviker i för hög grad från gängse branschvillkor borde krediten behandlas som penninglån. Med tanke på att förbudet är straffsanktionerat måste avvikelsen dock vara betydande för att brott skall kunna utdömas.⁶⁰ Lindskog använder sig av ett mer restriktivt perspektiv och framhåller att den omständigheten att en närstående till det långivande bolaget lyckats framförhandla kreditvillkor som är osedvanligt bra t.ex. lång kredit med låg ränta, inte bör vara tillräckligt för att transaktionen skall räknas som penninglån.⁶¹

I de tidiga förarbetena sades också att förskott på lön, utgifter och arvoden för utförande av uppdrag för bolaget eller liknande inte klassas som penninglån om de slutregleras vid räkenskapsårets utgång.⁶² En intressant frågeställning som tas upp av Sten är vad som händer om slutreglering inte sker. Övergår det tillåtna lånet i form av förskott på lön, som egentligen inte är ett lån, till att bli ett otillåtet lån? Det måste vara omständigheterna och avsikten när lånet lämnas som är avgörande i och med att bestämmelsen är straffbelagd.⁶³ Nerep framhåller att onormalt stora löneförskott kan ses som lån och svårigheten ligger i den subjektiva bedömningen att fastställa vad som är normalt. Vid värderingen får bl.a. vägas in tidigare förskottsutbetalningar, bolagets ekonomiska situation och hur många månadslöner som avses med uttaget. Nerep kommer till slutsatsen att endast exceptionella löneförskott skall kunna ses som lämnande av penninglån.⁶⁴ Löneförskott som följaktligen faller utanför låneförbudet får inte heller inkräkta på det bundna kapitalet. Det är viktigt att ha i åtanke att kapitalskyddsreglerna alltid fungerar som ett yttersta skydd vid alla bolagstransaktioner.

I förarbetena till ABL konstateras vad som ovan sagts i de äldre förarbetena, att reglerna omfattar endast penninglån och utanför begreppet faller bl.a. varukrediter, förskott på lön och förskott för

⁵⁹ Prop. 1973:93, s. 133. I förarbetena till 1975 års aktiebolagslag valde lagstiftaren att bara hänvisa till den tidigare propositionen och vad som där yttrats om penninglån vilket i och för sig inte är konstigt med tanke på den korta tidsintervall som förflutit mellan förarbetena, se prop. 1975:103, s. 487.

⁶⁰ Nerep, Studier, s. 296.

⁶¹ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 161.

⁶² Prop. 1973:93, s. 133.

⁶³ Sten, Låneförbudet, s. 936 f.

⁶⁴ Nerep, Studier, s. 301.

bestridande av utgifter för bolagets räkning. Begreppet ”ovanligt förmånliga kreditvillkor” försökte regeringen dock klargöra och i prop. 2004/05:85 yttrades: ”Om transaktionen med hänsyn till kredittidens längd, räntan eller något annat kreditvillkor i praktiken framstår som ett penninglån, skall dock reglerna tillämpas oavsett hur transaktionen har rubricerats.”⁶⁵ Uttalandet talar för att en mer vidsträckt tillämpning av begreppet accepteras, vilket i sin tur leder till att åtskilliga affärstransaktioner riskerar att falla in under förbudet. Just denna extensiva tillämpning och osäkerhet kring rekvisitet penninglån har återkommande diskuterats i doktrin.⁶⁶ Trots de senaste förarbetsuttalandena är det fortfarande osäkert vilka transaktioner som faktiskt omfattas av förbudet. Inte heller doktrin tycks vara helt överens om vad som innefattas i begreppet penninglån. Enligt min bedömning torde Lindskogs mer restriktiva uppfattning vara att föredra i sammanhanget med tanke på legalitetsprincipen. Om låneförbudet lever upp till denna grundläggande princip kommer härnäst att utredas.

3.5 Bidrar låneförbudets straffsanktion till rättsosäkerhet och lagtolkningsproblem?

Eftersom ett förbudet lån är straffsanktionerat, framförs i doktrin att låneförbudet i enlighet med grundläggande straffrättsliga principer borde tolkas restriktivt. Rodhe anser att straffsanktionen kan ge upphov till lagtolkningsproblem och uttrycker sig på följande sätt: ”Det är en hävdvunnen uppfattning att en straffbestämmelse av rättssäkerhetsskäl ska tolkas restriktivt.” Frågeställningen som uppstår är hur domstolarna ska ställa sig till en transaktion som inte faller in ordagrant under låneförbudet men som i realiteten är ett kringgående. Rodhe framhåller att en restriktiv tolkning skulle innebära att sådana transaktioner inte omfattas av förbudet men samtidigt riskerar syftet med förbudet att urholkas om reglerna tolkas alltför restriktivt.⁶⁷ Att låneförbudet både är en civilrättslig- och straffrättslig bestämmelse leder således till lagtolkningsproblem. Hur extensiv tolkning kan låneförbudet ges för att fortfarande uppfylla sin funktion, samtidigt som legalitetsprincipen alljämt beaktas?

3.5.1 Fordrar legalitetsprincipen en restriktiv tolkning av låneförbudet?

Legalitetsprincipen även kallad legalitetsgrundsatsen brukar sammanfattas i två förbud, förbud mot analog strafflagtillämpning, samt förbud mot retroaktiv strafflagstiftning.⁶⁸ Av intresse i sammanhanget är analogiförbudet som innebär att en rättsregel inte får tillämpas utanför

⁶⁵ Prop. 2004/05:85, s. 803.

⁶⁶ Sten, Låneförbudet, s. 933 ff., Nerep, Studier, s. 296 ff. och s. 287 ff., samt Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 159 ff.

⁶⁷ Rodhes aktiebolagsrätt, s. 119.

⁶⁸ Legalitetsgrundsatserna kommer till uttryck genom de latinska uttryckssätten *nullum crimen sine lege* (inget brott utan stöd av lag) samt *nulla poena sine lege* (inget straff utan stöd av lag), följande finns uttryckt i 2 kap. 10 § första stycket RF, 8 kap. 3 § RF samt 1 kap. 1 § BrB, se Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 22.

stadgandets ordalydelse oavsett om det finns stöd i förarbeten eller doktrin. Förutsätter legalitetsprincipens tillämpning i straffrätten att strafflag tolkas restriktivt? Enligt analogiförbudet bildar straffstadgandets ordalydelse den gräns som inte får överskridas av en tolkning som strävar efter att verkställa lagens ändamål, domstolen får således inte gå utanför låneförbudets ordalydelse.⁶⁹ Enligt straffrättaren Jareborg är innebörden av legalitetsprincipen att straffbestämmelser inte i första hand skall *tolkas restriktivt*, utan snarare underkastas en *restriktiv tillämpning*, eftersom analogislut ej får förekomma. Vidare anförs dock med medhåll från Nerep, att det inte finns någon klar gräns mellan analogisk tillämpning och extensiv tillämpning eller tolkning.⁷⁰ Enligt Nerep får en tolkning i vart fall inte ligga utanför det som stadgandets ordalydelse medger; lösningen får ej vara ”språkligt utesluten” i lagtexten. Slutsatsen tycks således vara, att rättstillämpande organ inte får gå längre än vad straffbestämmelsens ordalydelse typiskt sett medger. Legalitetsprincipen utesluter dock inte en extensiv tolkning av straffbestämmelser, eftersom även en sådan vidsträckt tolkning kan rymmas inom bestämmelsernas ordalydelse. Beträffande Jareborg och Nereps resonemang kan det därför hävdas att legalitetsprincipen *inte* kräver att låneförbudet tolkas restriktivt, utan snarare avgörs tolkningsutrymmet av förbudets ordalydelse.⁷¹

Hur låneförbudet har tillämpats genom åren tyder på en alltför extensiv tolkning i förhållande till legalitetsprincipen. Den kritik som framförts i litteraturen verkar således skälig, rättstillämparen tycks ha gått längre än bestämmelsens ordalydelse. Regeringsrådet Petrén som förespråkar en snäv tolkning av låneförbudet gjorde ett uttalande i RÅ 1984 1:90 som är värt att uppmärksamma.

”En konsekvens av kriminaliseringen är att förbudet i aktiebolagslagen måste tolkas mot bakgrund av de principer som gäller för straffprocessen. Dels måste man hålla sig noga till ordalagen i brottsbeskrivningen och någon extendering av det straffbara området utanför den ram stadgandets lydelse anger får ej göras. Om således i brottsbeskrivningen anges att fråga skall vara om ’penninglån’, kan icke andra kreditformer som ej är att beteckna som penninglån föras in under den straffsanktionerade regeln.”

Resonemanget avhöll dock inte övriga regeringsråd från att använda sig av en motsatt tolkningsmetod. Nedan ges några konkreta exempel på situationer då låneförbudet givits en extensiv tillämpning, något som förmodligen inte är förenligt med legalitetsprincipen.

3.5.2 En extensiv tillämpning och tolkning brukas av rättsväsendet

Med beaktande av det som ovan redovisats tycks uttalandena i proposition 2004/05:85 (att reglerna om förbjudna lån skall tillämpas oavsett hur transaktionen har rubricerats om det i praktiken sker

⁶⁹ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 22 f.

⁷⁰ Jareborg, Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person, s. 103 och Nerep, Studier, s. 288 f.

⁷¹ Vilket i och för sig indirekt innebär att tillämpningen skall vara restriktiv. Nerep, Studier, s. 289, se även Jareborg, Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person, s. 103.

ett kringgående) medge ett allt för stort tolkningsutrymme för rättstillämparen, vilket förmodligen är oförenligt med legalitetsprincipen. Även HD tycks göra en relativt fri tolkning av reglerna. I det ovan berörda rättsfallet NJA 1992 s.717 ansågs en utfästelse om eventuell tilläggsköpeskilling strida mot förvärvslåneförbudet. Sten som är kritisk till låneförbudets extensiva tolkning för ett resonemang kring att när det talas om ställande av säkerhet avses säkerhet för penninglån, alternativt penningsskulder. Om ställande av säkerhet för en tilläggsköpeskilling strider mot låneförbudet, så är det möjligt att tekniken med tilläggsköpeskilling i sig, kan strida mot förbudet och jämföras med penninglån. Tankesättet ligger i linje med domstolens sätt att resonera i målet även om det inte direkt kan utläsas ur domskälen.⁷² Rättsfallet indikerar på att begreppet lämna penninglån *får* och *kan* tolkas extensivare än vad ordalydelsen faktiskt medger i och med att domstolen likställer en tilläggsköpeskilling med penninglån. Om domstolens tolkningsmetod är förenlig med legalitetsprincipen är diskuterbart för tilläggsköpeskilling och penninglån är inte samma sak, en extendering av straffstadgandets ordalydelse verkar ha gjorts. Däremot tycks domstolens bedömning vara i linje med förarbetsuttalandena, för enligt domstolens bedömning hade det skett ett *kringgående* av förvärvslåneförbudet genom upplägget med tilläggsköpeskilling, hur rättshandlingen rubriceras är således oväsentligt.⁷³

Som tidigare redovisats skall normala varukrediter inte jämföras med penninglån.⁷⁴ Riktigt så självklart är inte rättsläget, utan svårigheten är att avgöra om krediten är normal eller inte. Med hänsyn till legalitetsprincipen borde marginalen mellan varukredit och maskerat penninglån hållas strikt så endast betydande avvikelser klassas som penninglån. Att även varukrediter ryms inom begreppet penninglån strider enligt Stens uppfattning mot lagtextens lydelse och reglerna för tolkning av lagtext, en varukredit kan språkligt inte utgöra penninglån.⁷⁵ På området saknas dessvärre bolagsrättslig praxis och bedömningen om vissa varukrediter skall betecknas som penninglån har endast behandlats i skattemål. RÅ 1984 1:90 rörde egentligen inkomsttaxering men berörde även frågan om en affärsuppköp, att skjuta upp betalningen för aktieförvärvet förutom handpenningen, stred mot låneförbudet. Majoriteten i regeringsrätten ansåg att frågan om den räntefria krediten stred mot låneförbudet ej behövde prövas men vid den skatterättsliga bedömningen uttalades ändå att förfarandet innefattade lån, således gavs ett indirekt svar av domstolen.⁷⁶ Nerep hävdar att regeringsrätten kom till ett oväntat resultat för en transaktion som

⁷² NJA 1992 s. 717 och Sten, Låneförbudet, s. 940.

⁷³ Jfr prop. 2004/05:85, s. 803.

⁷⁴ Prop. 1973:93, s. 133.

⁷⁵ Sten, Låneförbudet, s. 936.

⁷⁶ RÅ 2003 ref. 60 var ett liknande fall som berörde ett fastighetsförvärv från ett bolag till dess delägare. Målet har kritiserats i och med att normala varukrediter inte skall omfattas av låneförbudet (jmf prop. 1973:93, s. 133) och domen indikerar att alla former av krediter skall betraktas som förbjudna lån. Regeringsrätten tycks ha gjort en alltför extensiv tolkning av förbudet. Persson Österman uppfattar domslutet som särpräglat och utan större prejudicerande värde. En

varken är onormal eller exceptionell. I stället delar han dissidenten Petrén's skiljaktiga mening, att krediten inte är ett penninglån i ABL:s mening, vilket medför att reglerna om inkomsttaxering inte är tillämpliga.⁷⁷

Trots den magra praxis som finns på området indikerar rättsfallen på att uttrycket lämna penninglån troligtvis innefattar ett förfarande med tilläggsköpeskilling. I vart fall om det är sannolikt att ett belopp kommer utgå men det råder osäkerhet kring hur stort beloppet kommer vara. En utvidgning av låneförbudet så att även uppskjuten köpeskilling omfattas är enligt Petrén sakligt ogrundad och vidare anförs: ”Bestämda invändningar måste resas mot en extendering av lagens tillämpningsområde utöver vad lagen ordagrant anger.”⁷⁸ Petrén's kritik mot rättsutvecklingen är explicit och får medhåll av både Sten och Nerep. Rättsväsendet har enligt Sten tillämpat en alltför extensiv tolkning av låneförbudet för att begränsa de lagtekniska brister som finns i lagen.⁷⁹ En sådan extensiv tolkning kan troligtvis inte ha åsyftats av lagstiftaren i förarbetena då det sägs att normala varukrediter skall undantas förbudet. Begreppets utvidgning leder till att åtskilliga affärstransaktioner befinner sig i riskzonen mellan laglig kredit och brott mot låneförbudet. I en välkänd dispensprövning anförde regeringen i sitt beslut att betalningsanstånd bör likställas med penninglån med motiveringen: ”Om anstånd med betalning av köpeskillingen för aktier ej skulle omfattas av förbudet mot penninglån, skulle reglerna i 12 kap. 7 § [nuvarande 21 kap. 1-5 §§ ABL] inte fylla sitt syfte.”⁸⁰ Med tanke på legalitetsprincipen är det anmärkningsvärt att regeringen fäster avgörande vikt vid syftet med reglerna och därmed likställer betalningsanstånd med penninglån. Regeringens bedömning kan således stå i strid med analogiförbudet, att lagregelns ordalydelse bildar den gräns som inte får överskridas av en tolkning som strävar efter att *verkställa* lagens *ändamål*.⁸¹ Till följd av regeringens bedömning riskerar all form av kreditgivning att betraktas som brott mot låneförbudet. Ett viktigt påpekande som Petrén gjorde redan i RÅ 1984 1:90 och som inte verkar ha beaktats av regeringen var: ”Det går således icke att, såsom riksskatteverket synes mena i överklagade beslutet, sätta likhetstecken mellan beviljande av en kredit och lämnande av ett lån. Lån är en form av kredit men det finns också andra.”

så extrem tolkning som regeringsrätten gjort i målet leder till orimliga konsekvenser, måste alla köp från eget bolag betalas kontant direkt? En sådan osäkerhet känns onödig. Se Persson Östman, Förbudet penninglån - RR tolkar ABL i RÅ 2003 ref 60, SN 2004, s. 57 ff.

⁷⁷ Nerep, Studier, s. 303 ff.

⁷⁸ RÅ 1984 1:90.

⁷⁹ Sten, Låneförbudet, s. 942 ff.

⁸⁰ Justitiedepartementet Regeringsbeslut 93-2538, 1993-12-16.

⁸¹ Jfr Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 22 f.

3.5.3 Föreligger det skillnader i hur en allmän domstol tolkar begreppet penninglån i förhållande till hur en allmän förvaltningsdomstol tolkar begreppet penninglån?

I såväl RÅ 1984 1:90 och RR 1977 1:45 påpekar Petrén att en allmän domstol vid bedömningen om ett brott mot låneförbudet ägt rum med all säkerhet skulle kommit till ett annat resultat.⁸² En allmän domstol skulle antagligen tolkat begreppet penninglån ur ett snävt straffrättsligt perspektiv, att begreppet innefattar endast försträckning och ingenting annat. En förvaltningsdomstol som ser på begreppet ur ett skatterättsligt perspektiv skulle förmodligen tolka penninglån som såväl försträckning som olika varukrediter, ur deras perspektiv innebär rättshandlingarna samma sak. I doktrin har det med Petréns skiljaktiga mening i åtanke, hävdats att majoriteten i regeringsrätten anlagt ett skatterättsligt perspektiv och tillämpat en skatterättslig genomsynsprincip i RÅ 1984 1:90 och RÅ 1981 1:1. Därför hävdas att målen saknar prejudicerande värde utanför skatterätten.⁸³ Nerep å sin sida avvisar påståendet och framhåller att skattedomstolarna har att tolka låneförbudsreglerna som om bestämmelserna hade varit föremål för tolkning i allmän domstol, något extra utrymme för självständiga skatterättsliga bedömningsgrunder ges inte. Trots det sagda erkänner Nerep möjligheten att förvaltningsdomstolarna faktiskt har en benägenhet, antingen medveten eller omedveten, att tolka låneförbudet extensivare än de allmänna domstolarna.⁸⁴ När de allmänna domstolarna bedömer brott mot det civilrättsliga låneförbudet är det samma domstol som bedömer brottmål vilket innebär att domarna är väl medvetna om straffrättens legalitetsprincip och så som Petrén påpekar är det uteslutet att domstolen skulle bestraffa någon för en gärning som inte framgår av brottsbeskrivningen.⁸⁵ Viss osäkerhet tros således råda kring den tolkningsprincip förvaltningsdomstolarna faktiskt använder sig av, den kan vara mer extensiv än vad som brukas i allmän domstol. Något säkert svar går inte att utläsa av de redovisade skattemålen.⁸⁶ Förvaltningsdomstolarna kanske omedvetet tolkar det civilrättsliga låneförbudet mer vidsträckt i och med att andra bevekelsegrunder troligtvis ligger till grund för bedömningen. Om domstolarna tillämpar en extensivare tolkning eller inte, är ej rättsvetenskapligt klarlagt och avsaknaden av

⁸² Petrén uttalade bl.a. ”Enligt min bedömning får det anses som uteslutet att en allmän domstol skulle fälla någon till ansvar enligt 19 kap 1 § aktiebolagslagen [nuvarande 30 kap. 1 § ABL] för brott mot 12 kap 7 § samma lag på grund av en kreditköpsaffär av det slag som sökandena beskriver i fråga 1. Skattedomstolarna bör då enligt min mening visa försiktighet och inte beteckna mottagandet av den ifrågasvarande krediten som ett straffbart penninglån”, se RÅ 1984 1:90. Se även Petréns skiljaktiga mening i RR 1977 1:45 ”Det är uteslutet att bestraffa någon för gärningar, som icke omfattas av brottsbeskrivningen, blott därför att de är likartade med de kriminaliserade förfarandena. Det är otänkbart att någon domstol i brottmål skulle ådöma någon för ett aktiebolag beslutande straff jämlikt 19 kap 1 § aktiebolagslagen för det att denne medgivit substitution av gäldenär i ett existerande gälds förhållande.”

⁸³ Grosskopf, Vinstbolag: Aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s. 123 f. och Posselius, Grosskopf, Gometz, Huldén, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s. 57.

⁸⁴ Nerep, Studier, s. 299.

⁸⁵ Se Petréns skiljaktiga mening i RR 1977 1:45.

⁸⁶ Jfr dock med Petréns skiljaktiga mening i målen RÅ 1984 1:90 och RR 1977 1:45, se not 82 i uppsatsen.

bolagsrättslig praxis gör analysen ofullständig.⁸⁷ Endast spekulationer om skillnader i domstolarnas bedömning kan framhållas, därför utreds inte frågan närmare här.

3.5.4 Gäldenärs- och borgenärsbyte omfattas av låneförbudet

Det bör i sammanhanget påpekas att även gäldenärsbyte anses falla in under låneförbudet.⁸⁸ Någon i den förbjudna kretsen övertar ett lån som redan existerar på grund av ett tidigare lämnat tillåtet eller otillåtet lån. Svea hovrätt kom till slutsatsen att aktivitetskravet ”lämna penninglån” i låneförbudet var uppfyllt då ett bolag samtyckte till gäldenärsbytet.⁸⁹ Genom ett samtycke kan tydligen ett tillåtet lån omvandlas till ett otillåtet. Det var precis vad som inträffade i RR 1977 1:45.⁹⁰ Ett lån hade utgivits innan införandet om låneförbud på 70-talet och efter den nya aktiebolagslagen trätt i kraft skedde ett gäldenärsbyte, vilket enligt regeringsrätten gjorde lånet otillåtet. Sten finner det hela märkligt, hur ett gäldenärsbyte språkligt kan tolkas in i låneförbudet och anser den skiljaktiga mening som även i detta fall Petrén förde fram mer rättrogen.⁹¹

”Givet är att förbudet i 12 kap 7 § aktiebolagslagen [nuvarande 21 kap. 1-5 §§ ABL] kan kringgås om bolaget lämnar lån till en person, som icke är otillåten som låntagare, och därefter godtar att gäldenären substitueras av en person som tillhör den förbjudna kretsen av låntagare. Otivelaktigt föreligger här en lucka i lagstiftningen. Denna kan emellertid icke fyllas genom att lagen tillämpas i strid med dess tydliga lydelse.

Det anförda visar att medgivande av substitution av gäldenär är en helt annan rättsfigur än lämnande av penninglån. Om man vill stävja olämpliga former av sådant medgivande inom aktiebolag, får lagstiftaren ingripa med de civilrättsliga regler som efter vidare överväganden kan befinnas önskvärda. Domstolarna har ingen kompetens att i sådant syfte extendera straffsanktionerade civilrättsregler utöver lagens tydliga ord.”

Domen visar således ytterligare prov på hur extensiv tolkning förbudet mot penninglån åtnjutit i rättssystemet. Luckor i lagtexten borde så som Petrén framhåller inte täppas igen genom en extensiv tolkningsmetod. Även borgenärsbyte (ett aktiebolag övertar en fordran på någon som ingår i den förbjudna kretsen) träffas av låneförbudet.⁹²

⁸⁷ Se dock NJA 1992 s. 717 där domstolen gjorde en relativt fri bedömning av förvärvslåneförbudet, observera dock att domstolen lade stor vikt vid syftet med upplägget och inte hur rättshandlingen rubricerades.

⁸⁸ RR 1977 1:45, RÅ 1981 1:1, och Svea hovrätts dom 11:DT 21, T 1104/89 (1990-05-18).

⁸⁹ Svea hovrätts dom 11:DT 21, T 1104/89 (1990-05-18), se även Nerep, Studier, s. 285, not 279 och s. 304, not 304.

⁹⁰ Avgörandet är relativt svårt att hitta då det utskrivs både som RÅ 1977 ref. 81 och RR 1977 1:45 i doktrin. Rättsfallet återfinns i databasen Infotorg under betäckningen RRK R77 1:45.

⁹¹ Sten, Låneförbudet, s. 941.

⁹² Sten poängterar att ur ett borgenärsperspektiv är det större fara vid ett borgenärsbyte än ett gäldenärsbyte eftersom bolaget troligtvis måste betala för den förvärvade fordran. Genom förvärvet försvinner medel från bolaget, vilket det inte gör vid gäldenärsbyte, se Sten, Låneförbudet, s. 944. Se även Nerep, Studier, s. 284 f.

3.5.5 Andra tolkningsproblem

Enligt förarbetsuttalanden kan låneförbudet även omfatta personer som inte direkt framgår av lagtextens ordalydelse, en slutsats som inte är helt självklar med hänsyn till legalitetsprincipen.⁹³ En utvidgning av personkretsen till att även inkludera suppleanter och vice vd torde vara omotiverad. I normalfallet aktualiseras nämligen en styrelsesuppleants eller vice vd:s ansvar först när vederbörande inträder i stället för ordinarie ledamot eller vd. Å ena sidan borde berörda personer inte omfattas av låneförbudet förrän dem är ordinarie men å andra sidan kan som sagt personer som intar en de facto ställning som vd träffas av förbudet trots att de egentligen inte tillhör den förbjudna kretsen.⁹⁴ Den som reellt verkar som vd eller styrelseledamot skall således omfattas av förbudet oavsett vad vederbörande titulerar sig.⁹⁵ Även vid tolkning av kriteriet närstående borde utgångspunkten vara legalitetsprincipen, åtminstone vad gäller omfattningen i straffrättsligt hänseende.⁹⁶ Det är inte bara begreppet penninglån och vad som där inryms som leder till lagtolkningsproblem, även förbudets närståendekrets tycks kunna få en alltför vidsträckt tolkning.

Tidigare i kapitlet har frågeställningen om annan generisk egendom berörts. Nerep anser att annan egendom än pengar kan falla in under begreppet ”penninglån” medan Lindskog inte är lika övertygad.⁹⁷ Även här tycks råda en viss osäkerhet som kan vara oförenlig med legalitetsprincipen. Om en aktieägare lånar en maskin från sitt bolag för privat ändamål, har i dagsläget ingen överträdelse av låneförbudet inträffat. En maskin kan med beaktande av legalitetsprincipen inte omfattas av förbudets ordalydelse penninglån, en sådan lösning måste vara språkligt utesluten. Väljer rättstillämparen att anlägga en mycket extensiv tolkning i linje med vad dem tidigare gjort, kan även en sådan transaktion komma att omfattas av förbudet i framtiden.

3.6 Avslutande reflektioner

Trots förarbeten, praxis och doktrin framgår det av studien att osäkerhet råder kring hur låneförbudets olika rekvisit skall tillämpas, gränsen mellan en extensiv och restriktiv tolkning verkar vara ytterst oklar. Förarbetsuttalandena och lagstiftningen är inte mycket till hjälp vilket leder till att tolkningen och tillämpningen av reglerna görs av domstolarna. Sammanfattningsvis kan sägas att låneförbudet och då framför allt begreppet lämna penninglån, men även lagrummets andra rekvisit har givits, eller riskerar att ges, en alltför vidsträckt tillämpning och tolkning i förhållande till legalitetsprincipen. För bolag och enskilda är rättsläget besvärligt för bestämmelsens räckvidd är i

⁹³ Se prop. 1973:93, s. 133 och prop. 2004/05:85, s. 802.

⁹⁴ Här avses främst koncernchefer, adjungerande styrelseledamöter och personer som använder sig av bulvaner, Nerep, Studier, s. 280.

⁹⁵ Jfr med de tidiga förarbetsuttalanden om att bulvaner träffas av förbudet till följd av allmänna rättsprinciper, något förtydligande i lagen ansågs obehövt, se SOU 1971:15, s. 322 f.

⁹⁶ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 162 f.

⁹⁷ Nerep, Studier, s. 305 f. jfr Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 159.

flera sammanhang av vital betydelse. En alltför extensiv tolkning kan bidra till godtycklig rättstillämpning, enskilda individer skall kunna förutse vilka gärningar som är kriminaliserade i samhället.⁹⁸ Konsekvenserna av en sådan rättsordning blir också att alltför många vanliga affärstransaktioner vid företagsförvärv bedöms otillåtna.⁹⁹ Att bestämmelsen är straffsanktionerad bidrar eventuellt till opåkallad försiktighet, företagen blir mindre riskbenägna, vilket i sin tur kan skada den allmänna omsättningen. Dessutom kan den nuvarande ordningen leda till ytterligare vardagliga problem i affärlivet i och med högre rådgivnings- och andra transaktionskostnader för företagen, särskilt vid omstruktureringar.¹⁰⁰

Vid införandet av ABL ändrades det ursprungliga uttrycket ”lämna penninglån” i dåvarande förvärvslåneförbudet i 12 kap. 7 § tredje och sjätte styckena till att i stället ersättas med ”ge förskott” och ”lämna lån”. Syftet var att åstadkomma en bättre överensstämmelse med motsvarande regel i EG:s andra bolagsdirektiv.¹⁰¹ Innebörden av bestämmelsen blir därmed att bolag inte på något sätt får ställa medel till förfogande för förvärv av det åsyftade slaget.¹⁰² Ett förtydligande av begreppet penninglån hade även i närståendeförbudet varit önskvärt.

⁹⁸ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 22.

⁹⁹ Sten, Låneförbudet, s. 937.

¹⁰⁰ Jfr Svernlöv, Omstruktureringar: några associationsrättsliga problem och deras lösningar, SvSkT nr 4/2013, s. 531 ff.

¹⁰¹ Se artikel 23.1 i Rådets andra direktiv 77/91/EEG av den 13 december 1976 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen när det gäller att bilda ett aktiebolag samt att bevara och ändra dettas kapital, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga, med ändringar genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/68/EG.

¹⁰² Prop. 2004/05:85, s. 805 f.

4 RÄTTSFÖLJDER VID ÖVERTRÄDELSE AV LÅNEFÖRBUDET

Rättsföljderna vid ett förbjudet lån är av central betydelse i diskussionen kring låneförbudets vara eller icke vara. Kapitlet utreder förbudets påföljdssystem som till och med sträcker sig utanför ABL:s gränser. Låneförbudet sanktioneras på inte mindre än tre olika sätt, straffrättsligt, civilrättsligt och skatterättsligt. Nedan redovisas de olika rättsföljderna var för sig.

4.1 Straffrättsligt

Endast ett fåtal förfaranden är straffsanktionerade enligt ABL, låneförbudet är ett av dem.¹⁰³ Brott mot låneförbudet bestraffas med böter eller fängelse i högst ett år enligt 30 kap. 1 § första stycket 4. Brottet är fullbordat när utbetalning sker av det otillåtna lånet alternativt när säkerhet ställs och för att dömas till straffansvar fordras grov vårdslöshet eller uppsåt. En överträdelse av låneförbudet kräver två parter, men lägg märke till att straffbestämmelsen bara vänder sig mot den ena, långivaren. Ansvar kan alltså åläggas den som beslutar, verkställer eller beordrar en anställd att göra den otillåtna utbetalningen. Om företrädande för bolaget har kännedom om att låntagaren tillhör den förbjudna kretsen och inget av undantagen är tillämpliga, kan straff utdömas. Om förevarande kunskap saknas om låntagaren uppkommer frågan om vilka krav som kan ställas på efterforskning från företrädarens sida. Enligt förarbetena torde ingen ingående efterforskning krävas, särskilt inte om bolaget har en mer omfattande ägarkrets. Det räcker således om vederbörande har frågat låntagaren om denne ensam eller via släktingar ingår i den förbjudna kretsen. Någon skyldighet för den blivande låntagaren att faktiskt fråga sina släktingar om de äger aktier i bolaget föreligger inte.¹⁰⁴

Även straff för medverkan kan bli aktuellt enligt allmänna straffrättsliga bestämmelser och principen om medverkansansvar (jfr 23 kap. 4 § BrB). De flesta personer som kan komma i fråga enligt medverkansansvaret åtnjuter dock straffrihet enligt principen *concursum necessarium*, förutsatt att vederbörande inte gjort mer än vad som fordras för att brottet kommit till stånd, dvs. endast begärt och mottagit det otillåtna lånet. Om låntagaren däremot är en person i organställning, torde hans medverkan regelmässigt vara sådan att straffansvar inträder.¹⁰⁵ Bestämmelsen fordrar sålunda inte två olika parter utan långivaren och låntagaren kan vara samma person. Enligt 35 kap. 1 § BrB ska straff med högst ett års fängelse på straffskalan ha en preskriptionstid på två år men för brott mot låneförbudet har preskriptionstiden förlängts till fem år.¹⁰⁶ Anledningen är att en lagstridig utlåning

¹⁰³ Se uppräknningen i 30 kap. 1 §.

¹⁰⁴ Prop. 1975:103, s. 491.

¹⁰⁵ Prop. 1975:103, s. 576.

¹⁰⁶ 30 kap. 1 § fjärde stycket ABL. Preskriptionstiden börjar löpa när den brottsliga handlingen sker och inte först när gäldenären börjar betala tillbaka lånet, det är inte tal om ett perdurerande brott, prop. 1975:103, s. 575 f.

oftast uppmärksammas först vid skatteverkets granskning och då anses två års preskriptionstid alldeles för kort.¹⁰⁷

4.2 Civilrättsligt

4.2.1 Rättshandlingens ogiltighet

De civilrättsliga följderna av brott mot låneförbudet regleras i 21 kap. 11 § ABL. Innan ABL trädde i kraft var det omdiskuterat om ett förbjudet lån var rättsligt bindande eller inte. Dåvarande huvudregel ansågs vara att överträdelse av låneförbudet inte medförde ogiltighet.¹⁰⁸ I dag är rättsfrågan om civilrättslig ogiltighet förlegad i och med att ett lån- eller säkerhetsavtal som strider mot 21 kap. är ogiltigt dvs. mottagaren är återbäringsskyldig och vid ställande av säkerhet gäller inte rättshandlingen mot bolaget. Rättsföljden av 21 kap. 11 § första mening är således överensstämmande med rättsföljden för olagliga värdeöverföringar (jmf 17 kap. 6 § ABL). En viktig skillnad är att vid brott mot närståendeförbudet uppstår en omedelbar återbetalningsskyldighet oavsett mottagarens goda tro, 17 kap. 6 § subjektiva rekvisit saknas.¹⁰⁹ Denna strikta tillämpning har valts med hänsyn till att mottagaren av ett förbjudet lån inte skall kunna undgå återbetalningsskyldighet med hänvisning till bristande insyn i bolagets ekonomi eller okunskap om den förbjudna kretsen. Lägga märke till det subjektiva rekvisitet i 21 kap. 11 § andra meningen angående säkerheter, vars införande leder till samma effekt som vid olagliga värdeöverföringar, ett krav på att den som dragit nytta av rättshandlingen måste ha insett eller borde inse att gärningen var olaglig.¹¹⁰

4.2.2 Skadeståndsansvar enligt aktiebolagslagstiftningen

En vd eller styrelseledamot som uppsåtligen eller av oaktsamhet har medverkat till ett beslut om ett otillåtet lån eller säkerhet kan bli skadeståndsskyldig i enlighet med 29 kap. ABL. Det sagda har uttalats i förarbetena och praxis men ingen närmare precision av dess innebörd har getts.¹¹¹ I 29 kap. 1 § första meningen sägs att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet skadar bolaget skall ersätta skadan (internt ansvar). Kleineman påpekar att vid lån till den förbjudna kretsen är det inte säkert att någon som helst skada uppstår, ett förbjudet lån behöver varken skada bolaget eller

¹⁰⁷ Prop. 1975:103, s. 772.

¹⁰⁸ I NJA 1992 s. 717 gjorde HD ett undantag från gällande huvudregel och kom till slutsatsen att villkoret om tilläggsköpeskilling var i strid med låneförbudet och avtalet var ogiltigt mot säljaren. Några år senare kom domstolen till ett motsatt domslut angående en pantsättning, se NJA 1999 s. 426.

¹⁰⁹ Något bristtäckningsansvar likt 17 kap. 7 § ABL återfinns inte heller i regelverket för förbjudna lån.

¹¹⁰ Ett par remissinstanser befarade att rekvisitet ”insett eller bort inse” skulle leda till orimliga följder i form av undersökningsplikt för mottagaren av säkerheten. Lagstiftaren avvärjde dessa farhågor och menade att rekvisitet bör prövas med hänsyn till vilken insyn eller möjlighet till insyn mottagaren besatt i det enskilda fallet. Dessutom är det upp till bolaget att bevisa att vederbörande var i ond tro, se prop. 2004/05:85, s. 436.

¹¹¹ Se t.ex. SOU 1971:15, s. 324 och prop. 2004/05:85, s. 808. Se även NJA 1976 s. 618, där uttalades att eventuell skadeståndsskyldighet kan uppkomma.

borgenärerna i vidare utsträckning än en tillåten vinstutdelning, så länge lånet ryms inom bolagets fria kapital.¹¹² Den skada ett bolag kan lida genom ett lån eller ställande av säkerhet är enligt Lindskog, att låntagaren inte förmår infria bolagets lånefordring. Om detta sker är det den som medverkat till förfogandet som blir ansvarig mot bolaget i enlighet med 29 kap. och möjligen 2 kap. 2 § SkL. För att ansvar skall kunna utdömas krävs oaktsamhet men även krav på att ett adekvat orsakssamband mellan den inträffade skadan och den otillåtna handlingen. Det sagda innebär att det skall ha framgått för personen i fråga att det förelåg en risk för skada genom att bristande betalningsförmåga förelåg. Vidare anför Lindskog att ett brott mot låneförbudet i sig, behöver inte betyda att någon risk för skada har förekommit. Betalningsförmågan hos låntagaren kanske var utmärkt, så ingen skaderisk förelåg över huvud taget. Skadeståndsansvar förutsätter troligtvis oaktsamhet avseende just denna risk för skada. Lindskog hävdar därför att låneförbudet saknar betydelse såsom stöd för skadeståndsansvar för styrelse och vd.¹¹³ Dotevall påpekar dessutom att bolaget kan drabbas av skada om det förbjudna lånet strider mot likabehandlingsprincipen och generalklausulen. Om så inte är fallet kan bolaget knappast lidit någon skada på grund av lånet, såvida det inte skall betraktas som en olovlig värdeöverföring enligt 17 kap. ABL.¹¹⁴

I 29 kap. 1 § andra meningen uttrycks att om skada tillfogas en aktieägare eller annan genom överträdelse av denna lag skall vederbörande ersätta skadan (externt ansvar). Ansvar förutsätter att en regel i ABL, ÅRL eller bolagsordning överträtts. För att en borgenär skall kunna få ersättning för en indirekt skada förutsätts att bolaget har blivit insolvent genom den skadegörande handlingen eller att en redan befintlig insolvens förvärrats. Det räcker således inte med att bolagets ekonomiska ställning försämrats utan det måste styrkas att bolaget inte längre kan betala sina skulder.¹¹⁵ Eftersom ansvar förutsätter regelöverträdelse har det hävdats att brott mot låneförbudet, som resulterat i att lånebeloppet inte återbetalats, kan leda till skadeståndsansvar.¹¹⁶ Vid skadeståndsprövning av externt ansvar hänvisar Lindskog till sitt tidigare resonemang som redovisats ovan och anför att den skada som bolaget drabbas av genom att gäldenären saknar återbetalningsförmåga inte kan anses vara vållad av att låneförbudet överträtts. Om låntagaren i stället hade varit återbetalningsduglig föreligger ingen risk för skada men fortfarande sker en regelöverträdelse. Därför konstaterar Lindskog att det inte är ett åsidosättande av låneförbudet som

¹¹² Någon minoritetsaktieägare i bolaget får inte heller ha diskriminerats genom transaktionen, Kleineman, Påföljder, s. 710 f.

¹¹³ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 181.

¹¹⁴ Dotevall, Bolagsledningens skadeståndsansvar, s. 247 f.

¹¹⁵ Nerep & Samuelsson, Aktiebolagslagen – En djup kommentar, kommentar till 29 kap. 1 §, avsnitt 1.9.4. Se även Kleineman, Påföljder, s. 711.

¹¹⁶ Se Kleineman, Påföljder, s. 718 om aktiv medverkan till ett otillåtet lån av en i organföreträdarkretsen, vilket kan leda till skadeståndsskyldighet i och med att en föreskrift i ABL åsidosatts. Se även Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör – En aktiebolagsrättslig studie i komparativ belysning, s. 529 ff. som uttrycker att om borgenärer orsakas skada genom ett förbjudet lån bör skadeståndsregeln i 29 kap. 1 § andra meningen ABL kunna tillämpas.

medför skada, utan medverkan till oaktsam kreditgivning.¹¹⁷ Sandström framhåller i Linje med Lindskogs argument, att möjligheten till skadestånd finns, men det är ett trubbigt instrument för det gäller att visa att återbetalning inte avsetts eller inte kunnat påräknas då lånet beviljades.¹¹⁸

I förarbetena till vår nuvarande utformning av ABL sägs att styrelseledamot eller vd kan bli skadeståndsskyldiga enligt bestämmelserna i 29 kap. Vidare sägs att även aktieägare kan under vissa förhållanden ådra sig ett sådant ansvar.¹¹⁹ Lagstiftaren åsyftar på 29 kap. 3 § i sitt uttalande och för att aktieägare skall ådömas ansvar fordras uppsåt eller grov oaktsamhet, i jämförelse med 29 kap. 1 § som kräver vårdslöshet. Det är viktigt att understryka att rättsläget angående skadeståndsskyldighet vid åsidosättande av låneförbudet, fortfarande måste anses vara relativt oklart med tanke på de svaga uttalanden som finns i förarbeten och praxis. Dessutom är praxis på området näst intill obefintlig, vilket i och för sig inte är så märkligt då merparten aktiebolag är en- eller fåmansbolag där ägarna själva sitter i styrelsen.

4.2.3 Skadeståndsansvar enligt skadeståndslagstiftningen

I början av avsnittet sägs att ansvar möjligen kan utdömas enligt SkL, påståendet ska bara kort redogöras. Den skada ett aktiebolag, dess aktieägare, borgenärer m.m. i regel kan drabbas av vid brott mot låneförbudet är en s.k. ren förmögenhetsskada.¹²⁰ I 2 kap. 2 § SkL stadgas: ”Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan.” Uttrycket ”genom brott” innebär att gärningen skall vara straffbelagd antingen i BrB eller annan lag eller författning (låneförbudet är som sagt straffbelagt enligt 30 kap. 1 § första stycket 4 ABL), dock krävs det inte att brottspåföljden utdöms i det enskilda fallet för att 2 kap. 2 § SkL skall kunna tillämpas.¹²¹ Som grund för att ett skadeståndsansvar enligt SkL kan komma att utdömas vid överträdelse av låneförbudet är även NJA 1976 s. 618, där domstolen uttalade *obiter dictum* att eventuell skadeståndsskyldighet kan uppkomma.¹²² Nerep instämmer med domstolen och framhåller att ersättning enligt SkL kan utgå vid överträdelse av förbudet i och med dess straffsanktionering, visst medhåll får han även av Lindskog.¹²³ Även Kleineman påpekar att så länge låneförbudet är straffbelagt kan skadeståndsansvar inträda antingen med stöd av SkL eller om det skett ett kompetensöverskridande med stöd av 29 kap. ABL.¹²⁴

¹¹⁷ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 181 f.

¹¹⁸ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 329.

¹¹⁹ Prop. 2004/05:85, s. 808.

¹²⁰ Se definitionen i 1 kap. 2 § SkL.

¹²¹ Leijonhufvud, Trolöshet mot huvudman, Straffansvar vid förtroendebrott, särskilt i aktiebolag, s. 186.

¹²² Se även NJA 1992 s. 717.

¹²³ Nerep, Studier, s. 416 ff. och Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 181, not 163.

¹²⁴ Kleineman, Påföljder, s. 708.

4.3 Skatterättsligt

Brott mot låneförbudet regleras även IL, så var emellertid inte fallet vid reglernas införande år 1973. I samband med införandet diskuterades om ett olagligt lån skulle beskattas eller ej. Föredraganden fastställde att så vara fallet men lagstiftning saknades på området.¹²⁵ Vid aktiebolagsreformen år 1975 antog föredraganden samma ståndpunkt som innan, ett förbjudet lån skall leda till beskattning. Lagrådet å sin sida anförde att uttalandena saknade stöd i gällande rätt och praxis.¹²⁶ Föredraganden ansåg att lagrådets yttrande kunde bidra till osäkerhet angående hur förbjudna lån skulle hanteras skattemässigt och påpekade att skattefrågan hade tagits upp till behandling av företagsskatteberedningen och förslag skulle läggas fram för skatteändring.¹²⁷ Om låntagaren är en fysisk person eller direkt eller indirekt, genom ett eller flera svenska handelsbolag, är delägare i ett svenskt handelsbolag som är låntagare, ska lånebeloppet i dag tas upp som en intäkt i inkomstslaget tjänst enligt 11 kap. 45 § IL, om det inte föreligger synnerliga skäl. Motsvarande bestämmelser för juridiska personer regleras i 15 kap. 3 § IL. För dessa skall lånet tas upp som inkomst i näringsverksamhet, såvida låntagaren inte är ett aktiebolag eller det föreligger synnerliga skäl. Om en fysisk eller juridisk person inte tar upp lånebeloppet som en intäkt enligt bestämmelserna och på så sätt ger upphov till fara för att skatt undandras det allmänna, kan vederbörande dömas för skattebrott enligt 2-4 §§ SKBL. Straffskalan sträcker sig upp till sex års fängelse om brottet klassas som grovt.

Bestämmelserna om beskattning har de senaste åren utvidgats för att stänga den bakdörr som utnyttjats för att undkomma skatt. De nya reglerna gäller för lån som har lämnats efter den 12 februari 2009.¹²⁸ Stopplagstiftningen innebär att beskattningsreglerna även skall omfatta lån från utländska företag.¹²⁹ Konsekvenserna av den nya regleringen blir att det införs ett nytt ”skatterättsligt låneförbud” eftersom lån som lämnas av en utländsk juridisk person inte omfattas av det bolagsrättsliga låneförbudet i 21 kap. ABL.¹³⁰ Därutöver har det införts ett generellt undantag

¹²⁵ Föredraganden konstaterade följande: ”En lagstridig låneutbetalning är i skattesammanhang att betrakta som förtäckt lön eller förtäckt utdelning och skall alltså bli föremål för beskattning.”, se prop. 1973:93, s. 95.

¹²⁶ Se föredragandens uttalanden i prop. 1973:93, s. 95 och lagrådets i prop. 1975:103, s. 772.

¹²⁷ Prop. 1975:103, s. 794, för skattereglerna se prop. 1975/76:79, s. 92 f. genom samma proposition infördes sedan beskattning av förbjudna lån i KL.

¹²⁸ SFS 2009:1412, se prop. 2009/10:12, s. 1. Ändringarna innebär även slopande av avdragsrätten för förbjudna lån, se Prop. 2009/10:12, s. 8.

¹²⁹ Flera remissinstanser har påpekat att den skatterättsliga utvidgningen kan strida mot etableringsfriheten genom att reglerna försvårar eller omöjliggör användandet av förmånligare utländska associationsformer. Regeringen avslår kritiken, se prop. 2009/10:12, s. 17. Om utvidgningen är förenlig med EG-rätten är diskuterbart, se Samuelsson, Lån från utländska bolag – utvidgade skatteregler och pågående processer, SN 2010 nr 1 s. 11 f.

¹³⁰ En delägare i en i utlandet delägarbeskattad juridisk person omfattas inte heller av bestämmelserna, se prop. 2009/10:12, s. 10. Se även Hultman, Persson, Några konsekvenser av föreslagen stopplagstiftning avseende beskattning av vissa penninglån, SvSKT 2009:2, s. 175.

från beskattning för aktiebolag.¹³¹ Undantaget motiverades genom att ändamålet med beskattningsreglerna är att förhindra att medel tas ut från bolagssektorn genom lån som ofta blir permanenta och därför undgår dubbelbeskattningens andra led. Ett skäl som däremot talar emot undantaget är att skattelagstiftningen förstärker ytterligare effekten av det bolagsrättsliga låneförbudet och bidrar än mer till att ABL:s bestämmelser efterföljs. I prop. 2009/10:12 framhålls dock följande: ”Det aktiebolagsrättsliga systemet bör dock i dag anses som tillräckligt. Reglerna om förbjudna lån i ABL är nu etablerade till den grad att dess efterlevnad inte är beroende av att överträdelsen även utlöser beskattning.” Emellertid poängterades att undantaget skall följas noggrant och om effekterna av undantaget leder till oönskade konsekvenser bör lån som lämnas till aktiebolag återigen omfattas av bestämmelsen.¹³²

Möjlighet till undantag från beskattning finns även om det föreligger synnerliga skäl. Undantaget tillämpas endast i extraordinära fall där beskattningen rent av framstår som oskäligen eller stötande mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.¹³³ I förarbetena anförde departementschefen att en omständighet som kan föranleda att beskattning uteblir är att lånet återbetalas före utgången av låntagarens beskattnings år.¹³⁴ Utebliven beskattning ska emellertid bedömas mycket restriktivt och det måste vara en definitiv återbetalning inte ett s.k. rullande lån.¹³⁵ Syftet med införandet av den äldre skattelagstiftningen var att effektivisera låneförbudet, att förbudet endast var kriminaliserat ansågs otillräckligt för att motarbeta att lån lämnades från aktiebolag till dess ägare.¹³⁶ Omständigheten att lånebeloppet har återbetalats är i dag inte av någon avgörande betydelse till skillnad från hur det var förr. Den äldre lagstiftningen sa uttryckligen att lånet skulle beskattas till den del återbetalning icke skett.¹³⁷ I samband med 1990 års skattereform slopades regeln och i stället infördes undantaget synnerliga skäl. I dag kan alltså ett lån beskattas även om det återbetalats, lagstiftningen har således blivit striktare än vid dess införande.¹³⁸ Anmärkningsvärt är att även om mottagaren blir beskattad för lånebeloppet är vederbörande ändå skyldig att återbetala lånebeloppet enligt 21 kap. 11 § ABL.

¹³¹ 15 kap. 3 § II. Undantaget föreslogs först efter remissbehandlingen av finansdepartementets förslag. Remisskritiken riktade sig mot att de nya reglerna skulle kunna försvåra för företag vid kapitalanskaffning. Regeringen gick på remissinstansernas linje och införde ett undantag för aktiebolag, se prop. 2009/10:12, s. 19.

¹³² Prop. 2009/10:12, s. 19.

¹³³ Se RÅ 2004 ref. 114 då synnerliga skäl inte ansågs föreligga trots att den skattskyldiga hade en motfordran mot lånegivande bolag som beloppsmässigt var större än lånebeloppet. I RÅ 2004 ref. 115 ansågs inte heller synnerliga skäl föreligga trots att lånet återbetalades ca ett halvår senare. Även i RÅ 2003 ref. 60, ansåg regeringsrätten att ett reverslån var att betrakta som ett förbjudet lån och skulle föranleda beskattning, synnerliga skäl ansågs ej föreligga.

¹³⁴ I RÅ 2004 ref. 116 beaktades särskilt räntans storlek, säkerheten och återbetalningstiden som var under sex månader. Lånet hade upptagits i september och återbetalning beräknades ske innan årsskiftet med anledning av en lägenhetsförsäljning. Försäljningen ägde rum i december men betalningen erhöles inte förrän den 1:a mars nästföljande år och lånet återbetalades några dagar senare. Synnerliga skäl ansågs föreligga i den beskrivna situationen.

¹³⁵ Prop. 1989/90:110, s. 600.

¹³⁶ Grosskopf, Vinstbolag: Aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s. 123.

¹³⁷ 35 § 1a mom 6 st KL.

¹³⁸ Jfr Grosskopf, Vinstbolag: Aktiebolags- och skatterättsliga frågor, s. 124.

Brott mot låneförbudet i ABL medför en rättsprocess i allmän domstol. Om beskattningsreglerna i IL åsidosätts sker i stället processen i förvaltningsrätten. I förvaltningsrätten måste först avgöras om ett förbjudet lån föreligger, om så är fallet blir frågan om det förbjudna lånet skall beskattas samt eventuellt skattetillägg tillkomma. Beskattningsreglerna grundas således i associations- och straffrätten, de civilrättsliga låneförbudsreglerna påverkar om ett lån betraktas som skattepliktigt eller inte. I lagtexten till de skatterättsliga reglerna används också begreppet ”penninglån” vilket anses vara en markering för kongruens mellan skatterätten och bolagsrätten.¹³⁹ Anledningen till att samma begrepp nu används inom skatterätten är eventuellt för att eliminera den diskrepans som hävdats, att regeringsrätten har tillämpat en skatterättslig genomsynsprincip vid avgörande om brott mot låneförbudet ägt rum.¹⁴⁰

¹³⁹ Posselius, Grosskopf, Gometz, Huldén, Skyddet för aktiebolagets egna kapital, s. 57.

¹⁴⁰ Se rättsfallen RÅ 1981 1:1 och RÅ 1984 1:90. Jfr även med vad som tidigare sagts i kapitel 3, avsnitt 3.5.3.

5 LÅNEFÖRBUDETS BAKOMLIGGANDE SYFTEN

För att på ett utförligt och ändamålsenligt sätt kunna analysera låneförbudets vara eller icke vara, krävs en djupgående analys av reglernas bakomliggande motiv. Undersökning utgår ifrån aktiebolagsutredningens betänkande 1971 med tillhörande proposition som sedermera kom att resultera i en helt ny aktiebolagslag 1975. Kapitlet avser även att bringa klarhet i vad som föranledde att betänkandet och propositionen kom till skilda slutsatser beträffande förbudets utformning.

5.1 *Låneförbudets födelse*

En utredning med Håkan Nial i spetsen tillsattes 12 februari 1960 för att undersöka den nordiska rättsutvecklingen samt göra en samnordisk översyn av aktiebolagslagstiftningen. Det dröjde inte länge förrän uppdraget utvidgades och andra sakkunniga biträdde utredningen vars uppgift nu var att föreslå en helt ny lag med nordisk rättslikhet som riktlinje.¹⁴¹ I såväl dansk som norsk lag fanns begränsningar för bolag att ge lån till aktieägare eller ledamöter av bolagsledningen, bestämmelserna ansågs nödvändiga för att skydda bolaget och bolagets borgenärer.¹⁴² Sverige hade vid tiden inget motsvarande förbud, det var fritt fram att lämna penninglån till aktieägare och andra. Ett yttersta skydd fanns emellertid om låntagaren inte var återbetalningsduglig vid lånetillfället och lånet inkräktade på bolagets bundna kapital, då förelåg en förtäckt värdeöverföring enligt praxis.¹⁴³ Aktiebolagsutredningen avgav betänkandet SOU 1971:15 med förslag till ny aktiebolagslag men ärendet var så omfattande att en ny lag baserad på utredningen inte skulle kunna träda i kraft förrän år 1975. Vissa delar av förslaget var av särskild vikt så lagstiftaren valde att särbehandla några specifika frågor, införandet av ett låneförbud och aktiekapitalets storlek var två sådana frågeställningar.¹⁴⁴

5.2 *Aktiebolagsutredningens lagförslag*

kontra lagstiftarens slutliga lagstiftningsprodukt

Förr kunde ett aktiebolag enkelt bildas och så snart aktiekapitalet tillskjutits kunde aktieägaren låna tillbaka kapitalet vilket resulterade i att det bundna kapitalet i bolaget inte gav större säkerhet än vad som följer av låntagarens solvens. Aktiebolagsutredningen framhöll att den som vill driva ett företag vars kreditvärdighet helt och hållet är beroende av den bakomliggande ägaren bör välja en annan bolagsform med personligt ansvar, en uppfattning även föredraganden anslöt sig till.¹⁴⁵ Lindskog å sin sida anser att resonemanget saknar övertygelse och ifrågasätter uppfattningen, att en person som

¹⁴¹ SOU 1971:15, s. 3.

¹⁴² SOU 1971:15, s. 322.

¹⁴³ NJA 1951 s. 6 I.

¹⁴⁴ Prop. 1973:93, s. 37.

¹⁴⁵ SOU 1971:15, s. 322 och prop. 1973:93, s. 91.

vill kapitalisera ett aktiebolag genom en fordring hos sig själv och på så sätt begränsa sitt ansvar till en bestämd del av sin egen förmögenhetsmassa, inte skulle vara förtjänt av den ansvarsfrihet aktiebolagsformen medför. Avgörande måste vara borgenärernas berättigade intresse och därför borde bedömningen göras utifrån deras utgångspunkt och inte aktieägarens.¹⁴⁶

5.2.1 Ett strikt låneförbud utformas

Syftet med att införa ett låneförbud var att förhindra att borgenärskollektivets skydd i form av bundet kapital urholkades, men även anställda och andra aktieägares rätt tas till vara av reglerna. Utredningsförslaget innebar att lån får ges om betryggande säkerhet ställs men om lånet däremot håller sig inom ramen för bolagets fria egna kapital får lån ges utan någon som helst säkerhet.¹⁴⁷ Förslaget syftar till att hela det bundna kapitalet skyddas mot lån såtillvida att betryggande säkerhet krävs. Motsvarande skydd saknas för det fria kapitalet för om ett lån håller sig inom dess ramar så inkräktar inte transaktionen på borgenärernas skydd, som trots allt var syftet med den föreslagna regeln. Det svenska utredningsförslaget (att lån och säkerhet skall rymmas inom den utdelningsbara vinsten minus vad som beslutats som utdelning av bolagsstämman) innebar ett starkare skydd än vad de övriga nordiska länderna hade vid tidpunkten.¹⁴⁸

Föredraganden underströk att grundtanken bakom systemet med bundet kapital är att skapa säkerhet för bolagets borgenärer, att det alltid finns vissa tillgångar som kan tas i anspråk. Det är därför otillfredsställande att aktieägare eller bolagsledning kan inkräkta på det bundna kapitalet genom lån. Förvisso innebär lånet inte att pengarna helt och hållet frånhånds bolaget men en betydande risk föreligger, sannolikt görs ju ingen kreditprövning med tanke på låntagarens ställning.¹⁴⁹ En obegränsad lånerätt kan på så sätt missbrukas.¹⁵⁰ Under remissbehandlingen kritiserades förslaget, det påpekades att undantagsbestämmelsen om fri lånerätt mot det fria kapitalet utan säkerhet borde utgå. Om det inte finns någon säkerhet kan skyddet för det bundna kapitalet bli illusoriskt för risken är att det fria kapitalet minskar efter att lånet har givits och på så sätt sker en urholkning av det bundna kapitalet. Ett lån som tidigare hade täckning belastar nu bolagets bundna kapital och någon säkerhet finns inte.¹⁵¹ Föredraganden jämförde med dansk rätt som infört en regel om betryggande säkerhet för situationer av nämnda slag, dock ansågs den

¹⁴⁶ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 152. Även Kleineman uttrycker ett liknande resonemang, att lån till bolagets ägare inte strider mot idén om verksamhet utan personligt ansvar, se Kleineman, Påföljder, s. 709, not 7.

¹⁴⁷ Utredarna föreslog ett första stycke med följande lydelse i § 115: "Aktiebolag får ej utan betryggande säkerhet lämna penninglån till aktieägare eller styrelseledamot i bolaget eller dess moderbolag, ej heller ställa säkerhet för deras förpliktelser. Detta förbud gäller ej såvida fastställd balansräkning för det sist förflutna räkenskapsåret utvisar att bolagets fria egna kapital, minskat med utdelning enligt bolagsstämmans beslut, täcker sammanlagda beloppet av sådana lån och säkerheter." Se SOU 1071:15, s. 43 f.

¹⁴⁸ De övriga nordiska länderna gjorde inte avdrag för eventuell utdelning, se SOU 1971:15, s. 323.

¹⁴⁹ Onekligen kan lånefordringen i sin tur tas i anspråk av borgenärerna men stor risk föreligger att fordran är värdelös.

¹⁵⁰ Prop. 1973:93, s. 91.

¹⁵¹ Prop. 1973:93, s. 61.

danska lösningen inte heller vara tillräckligt tillförlitlig i och med att frågan huruvida en säkerhet faktiskt är betryggande avgörs av bolagsledningen.¹⁵² I stället för att utveckla andra möjligheter i linje med aktiebolagsutredningens förslag, ansåg föredraganden att låneförbudet borde göras mer strikt. Härtill hävdades att lån till aktieägare eller bolagsledning ofta används som led i skatteflyktstransaktioner. Transaktioner som vidtas för att undslippa skatt måste motverkas. Föredraganden förespråkade därför kort och gott ett principiellt förbud mot penninglån och på så sätt avskärmades möjligheten för närstående att låna från bolaget för privat konsumtion.¹⁵³ Vid departementsbehandlingen gick lagstiftaren föredraganden tillmötes och utformade ett strikt förbud i kontrast till betänkandet, vars förslag egentligen var fullt tillräckligt ur ett borgenärsskyddsperspektiv.

5.2.2 Den förbjudna kretsen bildas och låneförbudets sanktioner tar form

Aktiebolagsutredningen föreslog att förbudet borde gälla för aktieägare och styrelseledamöter respektive styrelsesuppleanter, en vd träffas således inte av förbudet.¹⁵⁴ Enligt utredarnas lagförslag träffas ”bulvaner” av förbudet genom allmänna rättsprinciper, några ytterligare föreskrifter erfordras därför inte. Om lån ges till någon närstående till den förbjudna kretsen bör det finnas särskild misstanke om att personen i fråga uppträder som bulvan och förbudet aktualiseras.¹⁵⁵ Lagstiftaren utvidgade dock den förbjudna kretsen och enligt specialmotiveringen framgår det tydligt att både vd och vice vd omfattas av bestämmelserna. För att motverka kringgående i enlighet med vad utredningen redovisat om bulvaner omfattas även de uppräknade personernas närstående, både fysiska och juridiska, av förbudet.¹⁵⁶

Utredarna i SOU 1971:15 föreslog dessutom att brott mot låneförbudet, antingen uppsåtligt eller av oaktsamhet, borde sanktioneras med straffansvar.¹⁵⁷ Föredraganden följde utredarnas linje men motiverade straffsanktionen genom att åberopa att hänsyn måste tas till ”det skyddsintresse” som uppbär förbudsreglerna. Vilket skyddsintresse avsåg föredraganden, borgenärsskyddet eller risken för skatteflykt? I linje med vad föredraganden anfört tidigare angående risken för skatteflykt torde skattesyftet vara det som främst åsyftats.¹⁵⁸ Visserligen föreslog utredarna att ett otillåtet lån *kan* leda till fängelse, om inte särskilda omständigheter var för handen. Utredningsförslaget innehöll nämligen ett andra stycke i 173 § som lød: ”Sker rättelse utan dröjsmål och innan skada inträffat

¹⁵² Prop. 1973:93, s. 91 f.

¹⁵³ Från låneförbudet skall vissa undantag göras enligt föredraganden: lån mellan bolag i samma koncern, lån till aktieägare med obetydligt aktieinnehav, lånet utgör ett led i en affärsförbindelse mellan bolaget och gäldenären och är avsett uteslutande för gäldenärens rörelse samt möjlighet att ansöka om dispens, se prop. 1973:93, s. 92 ff. och s. 134 f.

¹⁵⁴ Det påpekas emellertid att lån till vd endast får ges om det anses påkallat av bolagets intresse, se SOU 1971:15, s. 32.

¹⁵⁵ SOU 1971:15, s. 322 f.

¹⁵⁶ Prop. 1973:93, s. 133.

¹⁵⁷ Straffskalan som föreslogs var böter eller fängelse i högst ett år, se 173 § första stycket punkt 8, SOU 1971:15, s. 644.

¹⁵⁸ Prop. 1973:93, s. 95 jfr med vad som sägs på s. 65 och s. 90.

eller är förseelsen eljest ringa, skall ej dömas till straff.” Denna möjlighet till overseende har fallit bort vid propositionsskrivningen utan närmare motivering.¹⁵⁹ Det är märkligt att möjligheten till strafflindring bara strukits och ett absolut förbud införts, utan att det närmare kommenteras i propositionen. I sammanhanget är det viktigt att understryka att även överträdelse av värdeöverföringsreglerna var straffbelagda vid den här tidpunkten.¹⁶⁰ Avseende skyddet för bolagets borgenärer och minoritetsaktieägare föreligger det ingen väsentlig skillnad mellan ett otillåtet lån och en otillåten utdelning, det får liknande effekter för bolaget. För den skull är det förklarligt och motiverat att både utredarna och lagstiftaren förespråkade samma straffansvar för otillåtet lån som för en olovlig vinstutdelning.

5.3 Består låneförbudet av ett primärt och ett sekundärt syfte?

Utredningen visar att lagstiftaren införde ett totalförbud i kontrast till utredningens rekommendationer för att framför allt komma till rätta med den skatteflykt som föredraganden uppmärksammat. Vad förorsakade dessa meningsskiljaktigheter? Är syftet med låneförbudets införande tvåfaldigt eller finns det ett primärt syfte? För att en gång för alla utreda förbudets huvudsakliga syfte backar vi tillbaka till när betänkandet behandlades hos remissinstanserna för att se hur deras svar kan ha påverkat utformningen av propositionen.

5.3.1 Aktiebolagsformen utnyttjas för att uppnå skattemässiga fördelar – en till bolagsform för de mindre aktiebolagen efterlystes

1971 års aktiebolagsutredning föreslog att aktiekapitalet borde höjas från 5 000 till 20 000 kr, flera remissinstanser fann dock höjningen otillräcklig. Andra instanser avstyrkte beloppet men förespråkade en höjning om det infördes en till bolagsform för de mindre aktiebolagen.¹⁶¹ Flera remissinstanser beklagade nämligen att SOU 1971:15 inte berört frågan om en ny företagsform för fåmansbolagen. I remissyttrandena ifrågasattes aktiebolaget som bolagsform och det påpekades att bolagsformen missbrukades för att driva företag som egentligen inte borde drivas som aktiebolag. Problemet var att det inte gjordes någon klar åtskillnad mellan bolagets och ägarens ekonomier. Bankinspektion anförde att valet av bolagsform baseras på skatteskal, vilket i sin tur tyder på att det finns grundläggande svagheter i det associationsrättsliga systemet som måste klarläggas. Enligt deras mening hade det varit önskvärt om utredningen hade berört möjligheten till två olika former av aktiebolag, i likhet med internationell lagstiftning. Liknande kritik framfördes av företagsskatteberedningen som påstod att aktiebolagsformen användes för annan typ av verksamhet än vad som var aktuellt vid tillkomsten av 1944 års lag. Dessa bolag med ringa omfattning (som ex.

¹⁵⁹ Se SOU 1971:15, s. 646, se även s. 405 f. jfr dock prop. 1973:93, s. 30 f. och s. 95.

¹⁶⁰ Se 214 § 3 p i 1944 års aktiebolagslag.

¹⁶¹ Prop. 1973:93, s. 57 f.

ges konsulttjänster, extrasysslor, läkar- och tandpraktiker) är enligt beredningens mening inte fråga om egentlig näringsverksamhet. Den huvudsakliga anledningen till att fåmansbolag bildas som aktiebolag torde vara för att uppnå fördelar vid beskattningen. För att stävja detta missbruk krävdes en särskild bolagsform för de mindre företagen.¹⁶² Remissinstanserna uppmärksammade således att aktiebolagsformen utnyttjades av skatteskal, avsaknad av en till bolagsform var påtaglig. En förändring efterlystes.

5.3.2 Skatteskal låneförbudets huvudsakliga syfte

Föredraganden i prop. 1973:93 delade remissinstansernas kritiska synpunkter och underströk att det är utomordentligt angeläget att aktiebolagslagstiftningen inte är utformad så skatteflyktsåtgärder underlättas. Stor hänsyn måste tas till statens och kommunernas fiskala anspråk vid lagstiftningsarbetet.¹⁶³ Vidare anfördes att två områden var bristfälliga i kampen mot skatteflykt, det ena var som remissinstanserna påpekat aktiekapitalets storlek men det andra var lån till den förbjudna kretsen, något som tidigare inte hade uppmärksammats av varken utredarna eller remissinstanserna.

”Erfarenheten har visat, att frånvaron av förbud mot lån till aktieägare och personer i bolagsledningen utnyttjas i stor utsträckning för att undgå beskattning. Det är förhållandevis vanligt att den som har ett dominerande aktieinnehav i ett bolag tar ut pengar från bolaget för sin privata konsumtion i form av lån och på det sättet undgår eller i varje fall skjuter upp beskattningen. Jag anser det angeläget att denna form av skatteflykt snarast elimineras.”[kursivering tillagd]¹⁶⁴

Vad är det för erfarenhet föredraganden refererar till? Låneförbudets införande motiverades från början av skyddet för borgenärskollektivet, skatteflyktsargumentet diskuterades inte i sammanhanget.¹⁶⁵ Som ovan redovisats förespråkade remissinstanserna en ny bolagsform för att hindra att aktiebolagsformen nyttjas i syfte att undgå beskattning. Yttrandena om skatteflykt presenteras således i förhållande till aktiekapitalets storlek, *inte* i samband med låneförbudet.¹⁶⁶ Antingen har föredraganden missuppfattat remissvarens kritik eller så har han valt att bortse (!) från det som faktiskt uttrycks.¹⁶⁷ Föredraganden tycks således sakna konkret underlag för sina slutsatser, inget empiriskt material har framlagts för att bevisa den erfarenhet om skatteflykt som påstås. Vid departementsbehandlingen valde lagstiftaren att följa föredragandens linje i propositionen och utformade låneförbudet som ett totalförbud. Om enbart borgenärernas intresse hade varit styrande

¹⁶² Prop. 1973:93, s. 54 ff.

¹⁶³ Prop. 1973:93, s. 65.

¹⁶⁴ Prop. 1973:93, s. 66.

¹⁶⁵ SOU 1971:15, s. 322 f.

¹⁶⁶ De remissyttrandena som berörde låneförbudet anslöt sig till stor del till utredarnas förslag, att det måste finnas en begränsning i rätten att lämna penninglån för att skydda det bundna kapitalet. Risken för skatteflykt uppmärksammades inte i sammanhanget, prop. 1973:93, s. 60 ff.

¹⁶⁷ Det skulle dröja ända fram till år 1995 innan lagstiftaren gick remissinstanserna till mötes och införde två bolagsformer, se prop. 1993/94:196.

vid utformningen av reglerna hade det varit tillräckligt med kravet på säkerhet. Att lagstiftaren avvisade den föreslagna undantagsregeln och införde ett totalförbud visar att bakgrunden till att ett strikt låneförbud infördes var fiskalt.¹⁶⁸

5.3.3 Aktiebolagslagen rätt forum för statsmaktens fiskala problem?

De är inte ändamålet att stoppa skatteflykt som åtnjutit kritik, utan det är lagstiftarens tillvägagångssätt, att en regel i ABL utformas efter skatterättsliga premisser. Lindskog uttrycker sig enligt följande: ”Att genom civillagstiftning på det associationsrättsliga området försöka förhindra vad som anses vara en olämplig skatteplanering måste anses principiellt felaktigt.”[fotnot utesluten]¹⁶⁹ Lindskog anser att det hade räckt med skattebestämmelser och inte associationsrättsliga bestämmelser för att tillgodose det fiskala syftet. Även Nerep ifrågasätter tillvägagångssättet, att skattehänsyn utformar de aktiebolagsrättsliga reglerna. Enligt honom är den nu gällande formen av låneförbudet, som alltså blivit striktare än utredningsförslaget åsyftat, främst betingat av intresset att motverka skatteflykt. Det är inte längre borgenärsskyddet som i första hand motiverar lagstiftningen. Nerep anser att det allmänna borgenärsskyddet som framhålls som skyddsvärt i prop. 1973:93 hade kunnat upprätthållas med bibehållande av aktiebolagsutredningens förslag, eventuellt med vissa justeringar.¹⁷⁰ Nerep vidareutvecklar inte vilka justeringar han hade i åtanke men förmodligen syftade han på risken att ett lån som har täckning i det fria egna kapitalet vid lånetillfället i framtiden kan inkräkta på det bundna kapitalet i och med att säkerhet saknas. Det hade således räckt att införa bestämmelser likt dem i dansk rätt om krav på betryggande säkerhet i dessa fall för att tillgodose borgenärerna.¹⁷¹

På grund av bestämmelsernas striktare utformning infördes även hårdare sanktionsregler. Brott mot låneförbudet är inte bara frihetsberövande utan det otillåtna lånet ska i skattesammanhang betraktas som förtäckt lön eller förtäckt utdelning och blir föremål för beskattning.¹⁷² Nereps kritiska kommentar summerar det hela väl: ”Vad som i huvudsak kan karakteriseras som en skatteflyktsregel kom därigenom att inflyta i det generella utlåningsförbudet, varvid en straffsanktion infördes vid sidan av skattesanktionen. Förfaringssättet, att utforma aktiebolagsrättsliga regler på grundval av skattehänsyn, är ytterst ovanligt; lämpligheten härav kan starkt ifrågasättas.”¹⁷³

5.3.4 Borgenärsskyddet fortfarande relevant

Mitt i all kritik mot låneförbudets huvudsakliga syfte får vi inte glömma de bakomliggande orsakerna till dess påfund, skyddet för bolagets bundna kapital. Lindskog framhåller att vid

¹⁶⁸ Jfr prop. 1975:103, s. 491.

¹⁶⁹ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 153.

¹⁷⁰ Nerep, Studier, s. 278, Jfr SOU 1971:15, s. 322 f.

¹⁷¹ Föredraganden förkastade som sagt idén om att införa liknande regler som dansk rätt, se prop. 1973:93, s. 91 f.

¹⁷² Prop. 1973:93, s. 95, skattereglerna blev dock lagstadgade först när de infördes i KL, se prop. 1975/76:79.

¹⁷³ Nerep, Studier, s. 278.

kreditgivning till aktieägare eller andra i bolagsledningen finns det betydande risk att kreditprövningen inte görs lika ingående som om en utomstående tredjeman prövas. Det framförda är ett skäl främst för förbudet mot närståendelån.¹⁷⁴ Denna risk Lindskog talar om ter sig emellertid inte större än risken att samma person låter bolaget genomföra andra typer av förtäckta värdeöverföringar till egen fördel, exempelvis överlåtelse till underpris. Vid en sådan värdeöverföring finns det ingen anledning ur ett borgenärsperspektiv att ifrågasätta transaktionen, så länge bolagets bundna kapital är intakt. Båvestam finner Lindskogs tankesätt märkligt, att ett lån som ändå är förenat med återbetalningsskyldighet generellt skulle vara en för borgenärerna mer riskfylld disposition än andra transaktioner.¹⁷⁵

Lindskog talar dock om två *olika* risker, som visserligen sammanhänger. Å ena sidan menar Lindskog att det föreligger en risk att det sker en sämre kreditprövning av närstående som tar lån. Här har Båvestam en poäng, vederbörande kan lika gärna göra en förtäckt värdeöverföring av samma belopp, det krävs således ingen kreditprövning alls. Å andra sidan menar Lindskog att det kan bli ”farligare” för borgenärerna vid ett förbjudet lån som ryms inom fribeloppet än en utdelning, om vi ser det från den synvinkeln att utdelning normalt leder till en spärr för fortsatt kapitalanvändning medan så ej sker vid långivning.¹⁷⁶ Det som påpekas av Lindskog är att vid ett lån försvinner inte medel från bolaget i och med att en fordring uppstår. Det som sker är endast ett byte mellan poster på balansräkningen, det egna kapitalet påverkas inte av transaktionen. Vid lån till någon i den förbjudna kretsen blir bolagets fordring av särskild vikt. Risken finns nämligen att kreditprövningen vid varje bokslut inte blir lika ingående för en sådan fordran som för bolagets övriga fordringar, vilket Lindskog också uttrycker. Båvestam framställer inte Lindskog helt rättvist, eftersom han bara refererar till en liten del av Lindskogs argumentation. Vid en första anblick kan resonemanget verka märkligt men vid en närmare läsning framgår det dock vad Lindskog egentligen försöker säga angående riskerna.¹⁷⁷ Mot bakgrund av Lindskogs resonemang och vad som uttalats om skyddet för det bundna kapitalet av aktiebolagsutredningen i SOU 1971:15, är borgenärsskyddet ett argument för att någon form av reglering av lån borde återfinnas i ABL.

5.4 Avslutande reflektioner

För att sammanfatta det hela kan sägas att från början under aktiebolagsutredningen var syftet med låneförbudet att skydda bolagets borgenärer. Någon gång under lagstiftningsprocessen

¹⁷⁴ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 153 f.

¹⁷⁵ Båvestam, Aktiebolagslagens låneförbud – är det dags att slopa en seglivad anomali?, Ny juridik 1:13, s. 14 f. Jfr med Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 157 f.

¹⁷⁶ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 158.

¹⁷⁷ Den sistnämnda risken kan dock elimineras om fordringen på aktieägaren skrivs ner till noll och betraktas som värdelös. Tillvägagångssättet har nyttjats i både SOU 2009:34 och departementspromemorian, Ett slopat låneförbud m.m., som berörs i kapitel 7.

uppmärksammades dock risken för skatteflykt. Kanske var det remissinstanserna som sådde detta frö hos departementschefen när de eftersökte en till bolagsform. Oavsett måste det nu anses klarlagt att det bakomliggande syftet till låneförbudet är tvådelat, både skattehänsyn och borgenärsskyddet motiverar ett införande. Däremot finns det inga argument, med hänsyn till borgenärsskyddet, som motiverar en så sträng utformning av förbudet. Att låneförbudet gjordes helt strikt måste därför helt och hållet bero på den rådande skatteflyktsproblematiken.

6 DEN NYA AKTIEBOLAGSREFORMEN

I följande kapitel kommer expertkommitténs betänkanden att granskas i relation till lagstiftarens ånyo avvisande vid den stora aktiebolagsreformen 2005. De bakomliggande motiven till att låneförbudet förblev oförändrat kommer att utredas.

6.1 Aktiebolagskommitténs betänkanden

Regeringen beslutade 1990 att en utredning skulle tillsättas för att göra en översyn av 1975 års aktiebolagslag. Sedan dess har kommittén successivt lämnat delbetänkanden som genererat i nya reformer, för att till sist avge sitt slutgiltiga betänkande, SOU 2001:1. I delbetänkandet SOU 1997:168 (som särskilt behandlade låneförbudet) föreslog kommittén att lån skulle få lämnas under förutsättning att det dels fanns täckning för det egna bundna kapitalet efter lånetillfället och dels ställdes betryggande säkerhet för lånet. I slutbetänkandet omprövade kommittén sitt ställningstagande med hänsyn till remissinstansernas synpunkter. Kommittén beaktade kritiken och medgav att det är motsägelsefullt att tillåta utdelning av visst belopp till aktieägarna, men inte tillåta att samma belopp lånas ut till ägarna, om de inte ställer säkerhet för det samma. Till följd härav har kravet på säkerhet fallit bort i det slutliga förslaget.¹⁷⁸ I stället har ett nytt tredje stycke föreslagits, vars innehåll består av en försiktighetsregel motsvarande den i värdeöverföringsreglerna.¹⁷⁹ Sedan 1975 års aktiebolagslag och även i delbetänkandet har låneförbudet återfunnits bland de andra kapitalskyddsreglerna i 12 kap. Vid kommitténs slutbetänkande föreslogs emellertid ett eget kapitel för låneförbudet i anslutning till de övriga kapitalskyddsreglerna för att göra lagen mer begriplig.¹⁸⁰ I övrigt är slutbetänkandet i överensstämmelse med SOU 1997:168, därför kommer den fortsatta framställningen att fokusera på den sistnämnda.

6.1.1 Betänkandet SOU 1997:168

Grunddragen i kommitténs förslag i SOU 1997:168 var att reglerna om penninglån både systematiskt och sakligt hörde hemma bland de andra kapitalskyddsreglerna och därför borde utformas enligt samma principer som dessa. En ny huvudregel föreslogs, penninglån fick lämnas till den förbjudna kretsen under förutsättning att lånet var inom ramen för utdelningsbara medel. Influenser av den tidigare aktiebolagsutredningens förslag från 1971 är tydliga men med viss modifikation. Vid beräkningen av om det bundna kapitalet är intakt föreslogs lånefordringarna betraktas som fordringar utan värde. Grunden för förslaget var att vid lån får bolaget en motfordran

¹⁷⁸Ekobrottsmyndigheten som visserligen var helt emot ett slopande av låneförbudet vid tidpunkten, framförde att om kommittén når framgång med sitt förslag måste bestämmelsen i vart fall omfatta kravet på ställande av säkerhet, se Ju2001/220/L1 Remissammanställning, Ny aktiebolagslag (SOU 2001:1), s. 151.

¹⁷⁹ SOU 2001:1 s. 373.

¹⁸⁰ Slutbetänkandet föreslog att alla föreskrifter som reglerar bolagets bundna kapital samlas till ett gemensamt block bestående av flera kapitel (14-17 kap.), hit räknas även låneförbudet som erhöll ett eget 18 kap. efter de andra bestämmelserna, se SOU 2001:1, s. 14 och s. 19. Jfr med SOU 1997:168, s. 33 ff.

på låntagaren och en sådan fordran påverkar inte storleken på bolagets egna kapital. Om nämnda fordran i stället regleras så den saknar värde, påverkas bolaget på samma sätt som att en förtäckt värdeöverföring gjorts.¹⁸¹

En avvikelse mot aktiebolagsutredningens förslag i SOU 1971:15 och nuvarande lagstiftning var att kommittén föreslog att låneförbudet borde avkriminaliseras och i stället nyttjas kapitalskyddsreglernas påföljdssystem. Om ett olagligt lån ges blir mottagaren fortfarande återbetalningsskyldig men kommittén föreslog införandet av ett godtrosskydd i likhet med värdeöverföringsreglerna. Kommittén poängterade följande angående den ursprungliga utredningen från 1971 och gällande lagstiftning: ”Medan utredningen förespråkade en ogiltighetssanktion i förening med godtrosskydd, föreslog regeringen med hänvisning till ’det skyddsintresse som uppbär förbudsreglerna’ att bestämmelserna i stället skulle straffsanktioneras.”¹⁸² Kommittén får det att framstå som att det var regeringen som föreslog straffsanktionen, vilket är felaktigt. Utredarna i SOU 1971:15 föreslog att brott mot låneförbudet skulle föranleda straff i enlighet med rådande straffsanktioner för överträdelse av kapitalskyddsreglerna. Den väsentliga skillnaden var att utredarna föreslog möjlighet till straffflintring medan regeringen med hänsyn till ”det skyddsintresse som uppbär förbudsreglerna” gjorde förbudet totalt.¹⁸³ I SOU 1997:168 föreslog kommittén å sin sida att lånereglerna skulle inordnas bland de övriga kapitalskyddsreglerna, utan hänsyn till det fiskala intresset. Således finner det sig naturligt att sanktionera lånereglerna som övriga kapitalskyddsregler sanktioneras i dag, för den skull borde en avkriminalisering ske.¹⁸⁴ Ett likalydande resonemang förde den första utredningen, men uppmärksamma att kapitalskyddsreglerna fortfarande var straffsanktionerade vid den tidpunkten.¹⁸⁵ Om värdeöverföringsreglerna redan 1970 hade varit avkriminaliserade hade förmodligen inte 1971 års aktiebolagsutredning förespråkade låneförbudets straffbeläggning.

6.2 Departementsbehandlingen av ABL

Lagstiftaren tog först ställning till SOU 1997:168 vid utformningen av nya ABL. Trots att majoriteten av remissinstanserna instämde i kommitténs förslag eller åtminstone inte hade någon invändning, valde regeringen att avvisa förslaget och rekommenderade i stället att det befintliga

¹⁸¹ Samma system används vid ställande av säkerhet. I vanliga fall anges säkerheter inom linje i balansräkningen och påverkar således inte det egna kapitalet. Därför sker även en justering i dessa fall, säkerheter som omfattas av lånereglerna skall behandlas som skulder med belopp som motsvarar bolagets åtaganden, se SOU 1997:168, s. 104 f.

¹⁸² SOU 1997:168, s. 87.

¹⁸³ Utredningen föreslog ett andra stycke i paragrafen, att om rättelse sker utan dröjsmål och innan skada har inträffat alternativt om förseelsen är ringa, skall straff ej utdömas, se SOU 1971:15 s. 646, jfr med SOU 1997:168, s. 87.

¹⁸⁴ Om lånereglerna reformerades enligt det sagda blir behovet av att söka dispens och skyldigheten att föra förteckning över vissa lån obehövliga regler, se SOU 1997:168, s. 87.

¹⁸⁵ Se 214 § 3 p i 1944 års aktiebolagslag.

förbudet mot penninglån överfördes till den nya lagen.¹⁸⁶ Regeringen motiverade sitt ställningstagande genom hänvisning till de två skyddssyften som bidrog till att förbudet infördes från första början, risken för skatteflykt samt skyddet för bolagets bundna egna kapital. Kommittén i SOU 1997:168 hade å sin sida beaktat den kritik som framförts i doktrin (framför allt har det fiskala syftet ifrågasatts av Lindskog och Nerep) och anförde att den nya regleringen borde utgå från ett mer renodlat borgenärsskyddsintresse utan skattemässig hänsyn. Synsättet innebar att det blev tillåtet att lämna lån till den förbjudna kretsen under förutsättning att det bundna kapitalet var intakt.¹⁸⁷ Lagrådet instämde i det sagda och tillade att det skulle vara att föredra att skattelagstiftningen innehöll regler om hur lån med förmånliga villkor i fråga om ränta och återbetalning skall behandlas.¹⁸⁸

I lagstiftningsarbetet har regeringen för det mesta följt lagrådets rekommendationer men i undantagsfall gjort annorlunda bedömningar, låneförbudets utmönstrande är en sådan avvikelse.¹⁸⁹ Regeringen är väl medveten om skatteflyktsargumentets kritik, att det är principiellt felaktigt att genom civilrättslig lagstiftning på det associationsrättsliga området försöka förhindra en viss typ av skatteplanering, och för att legitimera förbudets kvarvarande kontrade regeringen med följande motivering:

”Vi har förståelse för kommitténs och Lagrådets uppfattning. Det finns emellertid också skäl som talar för att behålla förbudet. Stockholms tingsrätt har menat att utlåning till aktieägare är en för aktiebolaget främmande verksamhet som inte rimmar med syftena att främja bolagets möjligheter till kapitalanskaffning. Patent- och registreringsverket har pekat på riskerna för en oönskad sammanblandning av bolagets och aktieägarnas ekonomier. Vi delar dessa remissinstansers uppfattning. Det finns enligt vår mening starka principiella skäl att upprätthålla en skiljelinje mellan bolagets ekonomi, å den ena sidan, och aktieägarnas och företagsledningens ekonomier å den andra sidan. Ett upphävande av låneförbudet skulle göra det svårare att upprätthålla en sådan skiljelinje och att kontrollera mellanhavanden mellan bolaget och de personer som står bakom bolaget. Det kan inte uteslutas att en möjlighet för aktiebolag att ge lån till sina aktieägare skulle kunna missbrukas av den som önskar kringgå lagens kapitalskyddsregler. Låneförbudet tjänar därmed också ett rent aktiebolagsrättsligt syfte. Därtill kommer att låneförbudet, enligt vad Ekobrottsmyndigheten har upplyst, har visat sig fylla en funktion i arbetet mot oseriös verksamhet. Det gäller t.ex. i fråga om oseriösa förfaranden med s.k. lagerbolag”
[parantes utesluten]¹⁹⁰

¹⁸⁶ De remissinstanser som var mot ett avskaffande av förbudet var: Stockholmstingsrätt, Ekobrottsmyndigheten och Riksskatteverket. Även Patent- och registreringsverket, Ekonomistyrningsverket och NUTEK har framfört kritiska synpunkter. Kammarrätten i Jönköping och Länsrätten i Västernorrlands län har ansett att de skattemässiga konsekvenserna av att avskaffa låneförbudet bör utredas innan förslaget genomförs, se prop. 2004/05:85 s. 426 f.

¹⁸⁷ Nerep har i efterhand varit positivt inställd till kommittéförslaget och ansåg i huvudsak att reglerna var genomtänkta och ändamålsenliga, se Nerep, Aktiebolagsrättslig analys, Ett tvärsnitt av nyckelfrågor, s. 462.

¹⁸⁸ Prop. 2004/05:85, s. 427 och SOU 1997:168, s. 16 samt lagrådets uttalande, se bilaga 18, s. 1421 f.

¹⁸⁹ Prop. 2004/05:85, s. 196.

¹⁹⁰ Prop. 2004/05:85, s. 427.

Vidare sägs att om det står klart att ett borttagande av förbudet skulle tillgodose ett angeläget behov för de seriösa företagen, är regeringen inte helt främmande för ett slopande av låneförbudet. Det finns vissa situationer som kan vara värdefulla och som exempel ges möjligheten för en aktieägare att få ett billigare lån från bolaget än hos banken. Om lånet lämnas på icke affärsmässiga villkor och det är tydligt att aktieägaren drar fördel av lånet, bör upplägget sålunda utlösa beskattning. Regeringen anser att beskattningen torde bidra till att nyttan med det billiga lånet minskar och kommer till slutsatsen att vinsten av ett borttagande av förbudet i dessa fall blir förhållandevis begränsad.¹⁹¹ Regeringens motivering känns aningen bristfällig och visar snarare på att det räcker med regler i skattelagstiftningen för att motverka missbruk av aktiebolagsformen. Den möjliga ”nyttan” av att låna av sitt eget bolag (oavsett om det utlöser beskattning) borde kanske avgöras av aktieägaren själv. Aktieägaren är beslutsfattare när det gäller övriga transaktioner i bolaget och kan således i stället välja att besluta om vinstutdelning för det belopp som önskas lånas. Regeringens ”övervägande skäl” som redovisats, är enligt min uppfattning inte övervägande i debatten om låneförbudets kvarvarande. Vid en tolkning av regeringens resonemang känns det mer naturligt att komma till en motsatt slutsats.

Kommittén i SOU 1997:168 föreslog även ett upphävande av straffsanktionen och att ett subjektivt rekvisit infördes vid mottagarens återbetalningsskyldighet. Även på dessa punkter har de flesta remissinstanser bifallit eller åtminstone inte haft någon invändning mot vad kommittén föreslagit.¹⁹² Regeringens slutledning, att behålla förbudet, bidrar till att en överträdelse måste sanktioneras med en tydlig och kraftfull sanktionsregel för att respekten för förbudet skall kunna upprätthållas.¹⁹³ Tydliga är inte de civilrättsliga påföljderna vid brott mot låneförbudet tillräckliga, trots att dessa sanktioner i vanliga fall är lämpliga vid överträdelse av de andra kapitalskyddsreglerna. Regeringen fäster stor vikt vid Ekobrottsmyndighetens rapport om lagerbolag och ekonomisk brottslighet och menar att låneförbudet motverkar vissa typer av ekonomiska oegentligheter. Rapportens arbetsgrupp framhåller att problemet med lagerbolag är att medel tas ut från bolaget utan att senare återföras vilket leder till att aktiekapitalet saknar täckning. Regler vars uppgift är att skydda det egna kapitalet är av central betydelse för brottsbekämpningen mot oseriösa lagerbolagsbildare. ABL:s regler om olovliga värdeöverföringar får naturligtvis en avgörande roll men även förvärvslåneförbudet syftar till att skydda bolagets kapital och är i jämförelse med närståendeförbudet det förbud som är mest aktuellt vid bildandet av lagerbolag enligt

¹⁹¹ Prop. 2004/05:85, s. 428.

¹⁹² Svenska fondhandlareföreningen och Svenska Bankföreningen har ansett att återbetalningsskyldigheten respektive oegentligheten skall inträda endast under förutsättning att den som har mottagit det olagliga lånet måste ha insett att handlandet var olagligt. Svenska Revisorsamfundet har föreslagit att straffbestämmelsen ändras så att det är möjligt att läka i vart fall ett värdeslöst brott mot låneförbudet genom att vidta rättelse, se prop. 2004/05:85, s. 425. jfr med det ursprungliga förslaget lydelse med möjlighet till straffflinring, se SOU 1971:15, s. 644 ff.

¹⁹³ Prop. 2004/05:85, s. 435.

arbetsgruppen.¹⁹⁴ Närståendeförbudet är dock fortfarande av betydelse, vilket framgår i rapporten, men ett totalförbud med straffpåföljd känns omotiverat med tanke på värdeöverföringsreglernas vida tillämpning.¹⁹⁵ Regeringen tycks således ha givit rapporten ett oförtjänt inflytande över närståendeförbudets utformning.¹⁹⁶ Angående de civilrättsliga verkningarna anser regeringen att mottagaren skall bli återbetalningsskyldig oavsett sin goda tro, införandet av ett subjektivt rekvisit är omotiverat. Regeringens bedömning grundar sig på att bestämmelsens subjektiva rekvisit får en annan utgångspunkt i regeringens förslag kontra kommitténs i och med att bolagets ekonomiska ställning inte är relevant för regeringen, ett förbudet lån är även fortsättningsvis alltid olagligt.¹⁹⁷ Kommitténs förslag till lagstiftningslättnader avstyrktes av regering och i sin tur även av riksdagen som biföll regeringens förslag till ny lagstiftning. Låneförbudet fick således genomleva ännu en reform.

¹⁹⁴ Lagerbolag och ekonomisk brottslighet, Ekobrottsmyndigheten, rapport 2003:3, s. 5 och s. 11.

¹⁹⁵ Lagerbolag och ekonomisk brottslighet, Ekobrottsmyndigheten, rapport 2003:3, s. 15 ff. Se särskilt s. 16, lån kan betraktas som olovlig förtäckt värdeöverföring om låntagaren vid lånetillfället var insufficient, vilket ofta är fallet vid lagerbolagsbildningar. Följaktligen kan många riskfyllda lånesituationer i stället omfattas av "Sueciapricipen" som fastställts i NJA 1951 s. 6 I.

¹⁹⁶ Jfr prop. 2004/05:85, s. 427 och s. 435.

¹⁹⁷ Mottagaren borde inte kunna undgå återbetalningsskyldighet med hänvisning till bristande insyn eller okunskap. Däremot anses det lämpligt att tillämpa ett subjektivt rekvisit vid ställande av säkerhet, det är nämligen inte enligt regeringen orimligt att bristande kännedom om gäldenärens relation till bolaget eller syftet med lånet tillmätts betydelse i dessa fall, se prop. 2004/05:85, s. 435 f., se även kapitel 4, avsnitt 4.2.1.

7 STRÄVAN EFTER NY LAGSTIFTNING

Kapitlet behandlar det senaste betänkandet SOU 2009:34 och justitiedepartementets nyligen utformade promemoria, Ett slopat låneförbud m.m. (nedan kallad promemorian) som vidareutvecklat betänkandet. Promemorian är det senast skrivna i ämnet och kommer därför att ägnas mest uppmärksamhet. Målsättningen är att kartlägga den senaste utvecklingen och granska de förslag som framförts.

7.1 Utredningen om ett enklare aktiebolag

Slutbetänkandet SOU 2009:34 berör åter igen låneförbudets vara eller icke vara. Arbetet har varit särskilt inriktat på att förenkla de associationsrättsliga reglerna för de små aktiebolagslagen. Den nya utredningen vidhåller i stort sett vad aktiebolagskommittén och lagrådet anfört tidigare vid utformningen av ABL, lånereglerna bör ses som en del av kapitalskyddsreglerna och utformas med hänsyn härtill.¹⁹⁸ 2009 års utredningsförslag är faktiskt slående likt det tidigare kommittéförslaget i SOU 1997:168 med avvikelserna att det nyare förslaget bara omfattar en utökad lånerätt för privata aktiebolag samt att mottagarens återbetalningsskyldighet återigen görs absolut.¹⁹⁹ Nyttan av ett avskaffande av låneförbudet bedömdes av regeringen vara förhållandevis begränsad vid den senaste reformen av ABL. Regeringen ansåg att förbudet borde kvarstå om det inte står klart att ett borttagande tillgodoser de seriösa företagen. Utredarna i SOU 2009:34 kritiserade regeringens uttalande och hävdade att de utgår från fel utgångspunkt, ”Ett förbud i aktiebolagslagen som ytterst bygger på fiskala överväganden bör endast bibehållas om fördelarna från ett borgenärsskyddsperspektiv överväger nackdelarna”, något utredningen inte tycker.²⁰⁰ I stället förespråkas lättnader i lagstiftningen för de privata aktiebolagen. Fördelarna med en utökad lånerätt är att det skapas flexibilitet och förenklingar för de seriösa aktiebolagen, de skattemässiga effekterna får helt enkelt regleras i skattelagstiftningen.²⁰¹

Ytterligare ett skäl för att tillåta lån i större utsträckning var enligt utredarna i SOU 2009:34 att anpassning bör ske i enlighet med de övriga europeiska länderna. Om det strikta låneförbudet bibehålls riskerar nämligen den svenska regleringen att på sikt bli apart i ett internationellt perspektiv. Sverige måste skapa förutsättningar för ett konkurrenskraftigt regelverk, likformighet på EU-nivå är alltid eftersträvansvärt.²⁰² Ett steg i rätt riktning är en reform av låneförbudet. En enkel sammanfattning av utredarnas slutsatser är att förbudsreglerna inte kan motiveras utifrån varken praktiska aspekter eller ett borgenärsperspektiv. Vidare anmärktes att det finns stora möjligheter att

¹⁹⁸ SOU 2009:34, s. 246, jfr med SOU 1997:68, s. 87 ff. och lagrådets yttrande, bilaga 18 till prop. 2004/05:85, s. 1421 f.

¹⁹⁹ Det är således endast straffsanktionen för privata aktiebolag som upphävs, se SOU 2009:34, s. 366.

²⁰⁰ SOU 2009:34, s. 248.

²⁰¹ SOU 2009:34, s. 248.

²⁰² SOU 2009:34, s. 246.

kringgå både närstående- och förvärvslåneförbudet genom utländska bolagskonstellationer och andra associationsformer än aktiebolaget.²⁰³ Ett viktigt påpekande i sammanhanget är den striktare lagstiftningen i IL som införts 2009 (i samband med att betänkandet avlämnades) vars syfte är att komma åt oönskad skatteplanering genom utländska bolag.²⁰⁴ Konsekvenserna blir att mottagaren exempelvis bolagets vd får betala skatt på lånet vilket förhoppningsvis minskar incitamentet till den form av skatteplanering genom utländska bolagskonstellationer som 2009 års utredning beskriver.²⁰⁵ Rättsutvecklingen har som vi ser till viss del gått utredarna i SOU 2009:34 till mötes genom regeringens medgivande att skattereglerna borde frikopplas från ABL och i stället regleras i skattelagstiftningen. Trots framstegen går utvecklingen på det associationsrättsliga området fortfarande trögt. Förslagen i SOU 2009:34 har ännu inte departementsbehandlats men justitiedepartementet har framställt en promemoria som vidareutvecklar betänkandet.²⁰⁶

7.2 Justitiedepartementets promemoria om ett slopat låneförbud

Promemorian handlar om att ge aktiebolag större möjlighet att lämna penninglån och baseras på betänkandet SOU 2009:34 med den väsentliga skillnaden att även publika aktiebolag ges utökad möjlighet till närståendelån. En viktig utgångspunkt innan vi går vidare till promemorian är prop. 2009/10:12 där regeringen som sagt gjort bedömningen att det bör övervägas att införa särskilda, från ABL frikopplade, skatterättsliga regler om beskattning av vissa penninglån. Regeringen anför att det bolagsrättsliga syftet med regleringen i ABL är huvudsakligen att upprätthålla en skiljelinje mellan bolagets ekonomi och bolagsledningens ekonomier. Låneförbudet tjänar också som en förstärkning av kapitalskyddet och säkerställer att skyddet för borgenärerna inte urholkas. Syftet med reglerna i IL är främst att hindra skatteflykt, att gäldenären genom ett förbjudet lån skjuter upp eller helt undviker att betala skatt. De bolagsrättsliga reglerna ställer upp regler för det utlånande bolaget medan de skatterättsliga bestämmelserna reglerar rättsföljderna för subjektet som mottagit lånet. ABL och IL tar således sikte på olika rättssubjekt. Regeringen formulerar sig som så, att de två regelverken har olika syften och kopplingen innebär en risk för ineffektivitet och målkonflikter.²⁰⁷

²⁰³ Utredarna uppmärksammar framför allt koncernundantaget i 21 kap. 2 § som erhållit en vidare innebörd vid 2005 års reform tack vare EG-rättens diskrimineringsförbud. Ett moderbolag inom EES skall ges samma möjligheter som ett svenskt moderbolag att låna av ett svenskt dotterbolag. Undantaget ifrågasätts av utredarna, vad rättfärdigar att ett svenskt bolag får lämna lån till exempelvis ett rumänskt moderbolag som är medlem i EU men inte till ett amerikanskt moderbolag? Vidare kritiserar hur enkelt det är att kringgå förbudet genom att det amerikanska moderbolaget äger det svenska bolaget genom ett ”inskjutande bolag” vars hemvist är inom EES. Det kan följaktligen inte vara mer eller mindre lämpligt att låna pengar till samma aktieägare om det finns ett inskjutet bolag mellan det svenska bolaget och aktieägaren eller inte, se SOU 2009:34, s. 246 ff.

²⁰⁴ SFS 2009:1412, se prop. 2009/10:12, se även vad som ovan anförts i kapitel 4, avsnitt 4.3.

²⁰⁵ De nya reglerna omfattar dock inte det civilrättsliga låneförbudet i ABL. Om en aktieägare vill undkomma fängelse och återbetalningsskyldighet kan vederbörande välja att låna från sitt utländska bolag.

²⁰⁶ Den 13 december 2013 överlämnade regeringen remissen ”Förenklingar i aktiebolagslagen” till lagrådet. Lagrådsremissen bygger delvis på SOU 2009:34 men förslaget om utökade möjligheter till närståendelån och förvärvslån behandlas inte. Enligt lagrådsremissen kommer låneförbudet att behandlas i ett annat sammanhang.

²⁰⁷ Prop. 2009/10:12, s. 22 f.

Regeringen hänvisar till några av de utredningar (SOU 1997:168 s. 87 ff., SOU 2001:1 s. 373 ff. och SOU 2009:34 s. 246 ff.) som föreslagit att låneförbudet borde mildras och revideras men påpekar att någon lagändring inte ryms inom ramen för det skatterättsliga lagstiftningsarbetet. Regeringen uppfattar problematiken och lyfter den till ytan men ny lagstiftning tycks dröja.²⁰⁸

7.2.1 Sammanfattning av promemorian

Promemorian föreslår ett mildare låneförbud med möjligheten till ännu ett undantag samt att en avkriminalisering sker.²⁰⁹ Förslaget har följaktligen samma utgångspunkt, penninglån är förbjudet att lämna till den förbjudna kretsen, som förblir oförändrad. Visserligen kallar departementet bestämmelserna för låneregler i stället för låneförbud antagligen för att visa att lättnader i regelverket införts.²¹⁰ Promemorian föreslår en begreppsförändring, från att i dag ha ”får inte lämna penninglån” till att i stället uttrycka att penninglån får lämnas till den förbjudna kretsen under vissa förutsättningar. Den nya huvudregeln föreslås få följande utformning:

”Ett aktiebolag får endast under de förutsättningar som anges i andra–fjärde styckena lämna penninglån till

1. den som äger aktier i bolaget eller i annat bolag i samma koncern,
2. den som är styrelseledamot eller verkställande direktör i bolaget eller i annat bolag i samma koncern,
3. den som är gift eller sambo med eller är syskon eller släkting i rätt upp- eller nedstigande led till den som avses i 1 eller 2,
4. den som är besvägrad med den som avses i 1 eller 2 i rätt upp- eller nedstigande led eller så att den ene är gift med den andres syskon, eller
5. en juridisk person över vilken en person som avses i 1–4, ensam eller tillsammans med någon annan som avses där, har ett bestämmande inflytande.

Lån till någon som avses i första stycket får lämnas endast om det därefter finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Beräkningen ska göras på det sätt som anges i 17 kap. 3 § första stycket med följande justeringar:

1. Lån som har lämnats till någon som avses i första stycket ska behandlas som fordringar utan värde och säkerheter som avses i 3 § ska 28 behandlas som bolagets skuld. Detsamma gäller förskott, lån och säkerheter som avses i 5 §.
2. Utrymmet för lån ska minska med ett belopp som motsvarar summan av de förskott, lån och säkerheter enligt 1 samt värdeöverföringar som har beslutats sedan balansräkningen fastställdes.

Även om det inte finns något hinder enligt andra stycket får lån till någon som avses i första stycket lämnas endast om det framstår som försvarligt med hänsyn till

1. de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet, och
2. bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.

Om bolaget är ett moderbolag, ska hänsyn tas även till de krav som koncernverksamhetens art, omfattning och risker ställer på koncernens egna kapital samt till koncernens konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt.”²¹¹

Paragrafens nya utformning är uppbyggt efter ett mönster av värdeöverföringsreglerna i 17 kap. ABL, både en försiktighetsregel och beloppsspärr föreslås. Beräkningen av det bundna egna kapitalet grundar sig på den senast fastställda balansräkningen i enlighet med 17 kap. 3 § men vid bedömningen skall lånet behandlas som en värdelös fordran. Om ett lån lämnas till bolagets

²⁰⁸ Skatteverket har efter den nya stopplagstiftningen utformat en promemoria vars förslag går ut på att frikoppla den skatterättsliga regleringen om låneförbud från den associationsrättsliga regleringen. Målet är att stävja problematiken som regleringarna medför när de är sammanblandade. Promemorian har ännu inte lett till någon lagändring, se En ny reglering för beskattning av lån, Förslag till lag om ändringar i inkomstskattelagen (1999:1229), (Dnr FI 2010/5475) s. 2.

²⁰⁹ Förslaget omfattar även förvärvslåneförbudet som förändras i enlighet med närståendeförbudet. I 21 kap. 12 § ABL införs dock en specialregel för publika bolag som omfattas av EG:s andra bolagsdirektiv. Ett sådant bolag får inte på något sätt ställa medel till förfogande för förvärv av aktier i bolaget. I bestämmelsen finns inte heller något godtrosskydd, återbäringsskyldigheten är absolut, se Departementspromemorian, s. 31.

²¹⁰ Departementspromemorian, s. 24.

²¹¹ Departementspromemorian, s. 27 f.

förbjudna krets och det bundna kapitalet är täckt, samt försiktighetsregeln och minoritetsaktieägarnas rätt har beaktats, är lånet tillåtet. Om däremot paragrafens förutsättningar i andra- fjärde styckena inte uppfylls är lånet otillåtet såvida de oförändrade reglerna i 2 § angående undantag inte är tillämpliga. Om förutsättningarna i 21 kap 1 § inte uppfylls skall lånet återbetalas i enlighet med 21 kap. 11 §. I sistnämnda paragraf föreslås återigen ett införande av ett godtrosskydd likt det som finns i 17 kap. 6 §.²¹² Något bristtäckningsansvar likt det som återfinns i 17 kap. 7 § varken föreslås eller diskuteras men skadeståndsmöjlighet enligt 29 kap. förblir oförändrad. De skatterättsliga effekterna av förslaget ska regleras i skattelagstiftningen enligt departementet, risken för skatteflykt skall således inte beaktas i den associationsrättsliga regleringen längre. Möjligheten att lämna lån blir enligt promemorians förslag begränsad på samma sätt som vid andra värdeöverföringar, så någon större risk för ekonomisk brottslighet föreligger inte heller. Därför kan låneförbudet likaväl avkriminaliseras.²¹³ Om de nya reglerna får träda i kraft blir även dispensförfarandet och kravet på förtäckning över vissa lån onödiga, 21 kap 8-10 §§ föreslås således upphöra.²¹⁴

7.2.2 Granskning av promemorian

Advokat Båvestam har redogjort för promemorian och dessutom tillfört överväganden och nya idéer som borde beaktas vid det fortsatta lagstiftningsärendet.²¹⁵ Förenklningar i aktiebolagslagen (SOU 2009:34), heter det betänkande som promemorian bygger på. Båvestam anser dock att förslaget inte kan betraktas som enklare än nu gällande lagstiftning, snarare tvärtom, det krävs ännu större inblick i redovisningsfrågor och kunskap på det aktiebolagsrättsliga området. Sedan låneförbudets införande har reglerna präglats av diskussion kring förbudets huvudsakliga skyddsintressen. Båvestam anser att utgångspunkten för att åstadkomma välanpassade regler är just att klarlägga de olika intressen som ska skyddas, att pröva behovet av reglering i vart och ett av fallen och sedan utforma lagreglerna utifrån dessa skyddsintressen.²¹⁶ De två främsta skyddsintressen som föranlett ett låneförbud är skyddet för bolagets borgenärer och strävan att förhindra skatteflykt. Även aktieägarskyddsintresset och intresset att bekämpa ekonomisk brottslighet har motiverat låneförbudet genom åren, dock inte alls i så hög grad som de två andra

²¹² Se 21 kap. 11 § nya lydelse i departementspromemorian s. 30 f. Förslaget om ett godtrosskydd har avstyrkts i FAR:s remissvar. De finner sanktionen märklig i och med att lån alltid skall betalas tillbaka. Att ha samma sanktion för förbjudet lån och en olovlig värdeöverföring (som inte ska betalas tillbaka) är minst sagt tveksamt enligt deras mening. Se, Ju 2009/3395/L1, FAR:s remissvar av promemorian, Ett slopat låneförbud, s. 1 f.

²¹³ Departementspromemorian, s. 24.

²¹⁴ Kravet på förteckning över vissa lån avkriminaliseras också. I stället regleras uppgiftsskyldigheten i 5 kap. 12 § ÄRL. Av paragrafen framgår att företaget även skall lämna uppgift om lån m.m. som har lämnats till andra än bolagsledningen enligt 21 kap. 1,3 eller 5 §§, se Departementspromemorian, s. 37.

²¹⁵ Båvestam, Ny juridik 1:13 s. 7 ff.

²¹⁶ Båvestam, Ny juridik 1:13 s. 34.

intressena.²¹⁷ Slutsatsen att skattereglerna borde frikopplas från ABL, innebär att vid den fortsatta omarbetningen av ABL:s låneförbud kan det fiskala intresset helt bortses från, även ekonomisk brottslighet borde kunna hanteras inom skattelagstiftningen.²¹⁸ De intressen Båvestam har som utgångspunkt för de framtida lånereglerna blir följaktligen det kvarvarande borgenärsskyddsintresset och aktieägarskyddsintresset.²¹⁹

7.2.2.1 Borgenärsskyddsperspektivet

Borgenärsskyddet är uppbyggt kring aktiebolagets bundna kapital för att säkerställa att det alltid finns medel för fordringsägarna att ta i anspråk. Den fråga som är relevant här med beaktande av promemorian är om något ytterligare borgenärsskydd är påkallt vid just lån till närstående. Förslaget innebär att medel som fritt kan delas ut enligt 17 kap. även får lånas ut till den förbjudna kretsen. En viktig nyhet som egentligen redan lades fram i SOU 1997:168 och som vitsordas i promemorian, är att motfordran betraktas som värdelös vilket leder till att lånet påverkar bolaget på samma sätt som en förtäckt värdeöverföring.²²⁰ Med anledning här av kan det hävdas att borgenärernas skydd förblir oförändrat i och med att det bundna kapitalet är täckt. Båvestam å sin sida menar att borgenärerna vid ett sådant lån faktiskt får ett *bättre* skydd. Vid en värdeöverföring försvinner medlen från bolaget men vid lån finns en civilrättsligt giltig fordran kvar på gäldenären. Om situationen var sådan att gäldenären var betalningsoduglig redan vid lånetillfället, hade lånet betraktats som en förtäckt värdeöverföring.²²¹ En förtäckt värdeöverföring strider egentligen mot bolagets vinstsyfte men om alla aktieägare är överens om företeelsen är de fullt lagligt, såvitt 17 kap. 3 § inte överträts. Båvestam ifrågasätter därför anledningen till varför borgenärerna skall få ett utökat skydd när lån ges till en betalningsoduglig gäldenär vars fordran i räkenskaperna betraktas som värdelös och ett sämre skydd när lånet ges till en betalningsoduglig gäldenär eller delas ut som vinst.²²²

7.2.2.2 Aktieägarskyddsperspektivet

En skyddsgrupp som hamnat i skymundan i diskussionen om låneförbudets skyddsintressen är bolagets minoritetsaktieägare.²²³ Vid låneförbudets införande motiverades även reglerna med hänsyn till andra aktieägare men tack vare de andra intressenas dignitet har aktieägarnas intresse förblivit obemärkt. En av Båvestams viktigaste invändningarna mot promemorian är just att de inte beaktar

²¹⁷ Se t.ex. prop. 1973:93, s. 90, SOU 1971:15, s. 322 och prop. 2004/05:85, s. 427 f. och s. 435.

²¹⁸ Ekobrottsmyndighetens rapport om lagerbolag som regeringen fäst stor vikt vid och som tidigare motiverat låneförbudets kvarvarande vid reformen 2005 blir således ointressant, se kapitel 6, avsnitt 6.2.

²¹⁹ Båvestam, Ny juridik 1:13, s. 34.

²²⁰ Lindskog anser att om fordran skrivs ner till noll, kan inga invändningar göras med hänsyn till borgenärsskyddet. Möjligtvis är det härifrån kommittén hämtat idén om värdelösa fordringar, se Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 158.

²²¹ NJA 1951 s. 6 I, NJA 1966 s. 475, NJA 1976 s. 618, NJA 1980 s. 311, NJA 1990 s. 343 och NJA 1997 s. 418.

²²² Båvestam, Ny juridik 1:13, s. 35 f.

²²³ Ha i åtanke att minoritetsskyddsreglerna är dispositiva, reglerna blir bara intressanta om aktiebolaget har mer än en aktieägare.

minoritetsaktieägarnas skyddsbehov.²²⁴ Elementära regler i aktiebolagsrätten är 7 kap. 47 § samt 8 kap. 41 §, dessa generalklausuler syftar till att skydda aktieägarna från beslut eller annan rättshandling som är ägnad att ge en otillbörlig fördel åt en annan aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget.²²⁵ En värdeöverföring eller lån som vid en första anblick framstår som laglig kan strida mot någon av generalklausulerna vilket även påpekades vid låneförbudets införande, att långivningen eller ställande av säkerhet inte får stå i strid med principen om aktieägarnas lika rätt eller bolagets intresse.²²⁶ En värdeöverföring som är tillåten enligt 17 kap. 3 § kan alltså bli ogiltig om den inte beslutats korrekt på bolagsstämman alternativt om inte alla aktieägare är överens. Promemorians förslag innebär att lån till den förbjudna kretsen är tillåtna under vissa omständigheter, vilket resulterar i att den utdelningsbara vinsten i företaget minskar med det utlånade beloppet.²²⁷ Departementsförslaget berör dock inte hur beslutsprocessen för lånen ska gå till, utan som Båvestam påpekar är det helt upp till styrelsen att besluta i frågan.²²⁸ Aktieägarmajoriteten kan i styrelserummet besluta om utlåning av hela det fria kapitalet till en aktieägare och på ett lagligt sätt snuva minoriteten på en eventuell vinst.²²⁹ Visserligen kan minoritetsskyddsreglerna skydda mot ett sådant missbruk men Båvestam anser att reglernas effektivitet i praktiken inte blir så verkningsfulla som lagtexten ger uttryck för.²³⁰ Båvestam anser att det finns starka skäl att ifrågasätta departementsförslagets nya undantag i förhållande till skyddet för aktieägarna. Han förespråkar en ändring som förslagsvis tar efter 11 kap. 11 § ABL:s nuvarande utformning som innebär att vid vissa transaktioner krävs att bolagsstämman involveras.²³¹

7.2.2.3 Slutsats av promemorian

Båvestam väljer att inte ta ställning till om låneförbudsregler behövs eller inte. I stället konstateras att om det krävs en reglering ser han två olika alternativ som är mer tilltalande än både lagens nuvarande utformning och promemorian. Det första alternativet är i linje med aktiebolagsutredningens ursprungliga förslag 1971, att säkerhet krävs vid lån till vissa närstående

²²⁴ Båvestam, Ny juridik 1:13, s. 38 f.

²²⁵ Se även likhetsprincipen som finns uttryckt i 4 kap. 1 § ABL.

²²⁶ SOU 1971:15, s. 324.

²²⁷ Lindskog framhöll redan år 1995 i anknytning till låneförbudets förhållande till beloppsspärren i 17 kap. 3 §, att om ett lån ges och således bara tar i anspråk det fria kapitalet i bolaget och fordran skrivs ner till noll, kan inte transaktionen strida mot låneförbudet i sig men samtliga aktieägares samtycke borde krävas eftersom möjligheten till vinstutdelning minskar. Denna begränsning av utdelningsbara medel torde den enskilda aktieägaren inte ha accepterat från början och därför kan minoriteten angripa ett "lagligt" lån om deras rätt åsidosatts, se Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 158, not 38.

²²⁸ Båvestam, Ny Juridik 1:13, s. 38.

²²⁹ Observera minoritetsskyddsregeln i 18 kap. 11 § ABL, dock fodras att minoritetsägaren äger minst en tiondel av aktierna.

²³⁰ Centrala regler för att skydda minoriteten är likhetsprincipen och generalklausulerna, enligt Båvestam är dock dessa regler begränsade för att hjälpa minoriteten. Andra viktiga minoritetsskyddsregler är knutna till ett aktieinnehav motsvarande minst 10 % av bolagets aktier, en aktieägare med färre aktier åtnjuter således inte skydd av reglerna. För mer ingående utredning av de olika minoritetsskyddsreglerna som kan bli relevanta för den föreskriva situationen, se Båvestam, Ny Juridik 1:13, s. 39 ff.

²³¹ Båvestam, Ny Juridik 1:13, s. 41.

personer. En sådan reglering är enligt Båvestam mer välbalanserad än promemorians förslag. Det andra alternativet är att vid lån eller ställande av säkerhet till närstående ska det vara krav på marknadsmässiga villkor och dessutom godkännas av bolagsstämman. Båvestam avslutar sin artikel med tydlig skepsis mot departementsförslaget och påpekar att inga av föreslående ändringar bör genomföras förutom en avkriminalisering av låneförbuden.²³²

7.2.3 Avslutande reflektioner

Promemorians förslag till lagstiftningslättnader känns enligt min bedömning inte tillräckligt genomarbetade och låneförbudet verkar nästan bli än mer komplext. Ett penninglån blir ur ett borgenärsskyddsperspektiv säkrare än exempelvis en vinstutdelning i och med att bolaget fortfarande har kvar en giltig fordran (även om den i räkenskaperna räknas som värdelös). I en situation där borgenärerna riskerar att inte få betalt är fordran på aktieägaren med största sannolikhet intressant, vilket ytterligare påvisar att lån kan vara ofarligare än vinstutdelning ur ett borgenärsperspektiv.²³³ Enligt promemorian erhåller borgenärerna ett utökat skydd vid lån till en betalningsduglig gäldenär men inte vid lån till en betalningsoduglig gäldenär. Detta ”extra” skydd aktualiseras dock inte om lån ges till den förbjudna kretsen med stöd av något av undantagen i 21 kap. 2 §, fordringen räknas i dessa fall inte som värdelös i räkenskaperna.²³⁴ Varför borgenärsskyddet behandlas annorlunda beroende på vem som är låntagare och dennes solvens framgår inte av promemorian. Behovet av en strikt lagstiftning har avtagit eftersom hårda sanktionsregler återfinns i skattelagstiftningen och dessutom har regeringen numera insett att skatteintresset helt borde frikopplas från aktiebolagsrätten. Skiljelinjen mellan bolagets och ägarnas ekonomier upprätthålls framöver genom kapitalskyddsreglerna. Personer i den förbjudna kretsen ”lockas” inte längre till att ta lån i och med att lånen beskattas enligt IL. Anledningen till att missbruka systemet har således fallit bort. Det hade därför kanske varit mer motiverat att införa samma borgenärsskydd vid närstående lån som vid alla andra värdeöverföringar i stället för att fortsätta särbehandla lånen.²³⁵ Lagstiftaren borde emellertid inte bara fokusera på borgenärsskyddsreglerna vid utformningen av nya låneregler utan även beakta aktieägarnas intressen. Hur beslutsprocessen kring penninglån ska gå till borde diskuteras i det fortsatta reformarbetet. Så som Båvestam framhåller är det framför allt förslaget om avkriminalisering i promemorian som borde genomföras.

²³² Båvestam, Ny Juridik 1:13, s. 43.

²³³ Kleineman, Påföljder, s. 711.

²³⁴ Jfr Departementspromemorian, s. 29.

²³⁵ Efter remissbehandlingen av SOU 1997:168 beaktade kommittén remissinstansernas kritik och medgav att det är motsägelsefullt att tillåta utdelning av visst belopp till aktieägarna, men samtidigt inte tillåta att samma belopp lånas ut till ägarna, om inte de ställer säkerhet för beloppet. Till följd härav bortföll kravet på säkerhet i SOU 2001:1. Ett liknande resonemang om motsägelsefullhet kan föras i anslutning till det ”extra skydd” för borgenärerna som föreslås vid lån till den förbjudna kretsen.

8 EN ANALYS AV LÅNEFÖRBUDETS RELATION TILL VÄRDEÖVERFÖRINGSREGLERNA

Som läsare är du nu väl insatt i hur kritikerna vill utforma låneförbudet med hänsyn till kapitalskyddsreglerna. I följande kapitel sker en utökad analys av samspelet mellan de två regelsystemen.

8.1 Ett tillåtet lån kan strida mot värdeöverföringsreglerna och ett otillåtet lån kan vara lagligt enligt värdeöverföringsreglerna

Å ena sidan kan ett till synes lagligt lån alltid åsidosättas av värdeöverföringsreglerna, vilket känns legitimt i och med att 17 kap. fungerar som ett yttersta skydd som alltid kan förhindra en kapitalanvändning. Å andra sidan kan ett lån vara tillåtet ur ett rent värdeöverföringsperspektiv men förbjudet enligt 21 kap., omständigheten att låntagaren åtagit sig att återbetala beloppet gör transaktionen olaglig. Syftet med aktiebolagsutredningens ursprungliga förslag 1971 var att en utlåning skulle vara tillåten i samma utsträckning som en vinstutdelning, utformning skulle på så sätt inte inkräkta på borgenärernas skyddssystem.²³⁶ Om ett lån trots allt är tillåtet med hänsyn till något av undantagen i 21 kap. 2 § kan transaktionen fortfarande vara en otillåten värdeöverföring enligt 17 kap. 3 §. Att dispens har lämnats enligt 21 kap. 8 § tycks inte heller läka ett lån som betraktas som olovlig i enlighet med värdeöverföringsreglerna. Vid ett dispensförfarande hörs bara bolagets nuvarande kända borgenärer, syftet med kapitalskyddsreglerna är att skydda alla borgenärer, såväl kända som okända. Rodhe anser att det saknas material och prejudikat i frågan, 17 kap. torde därför alltid beaktas oavsett dispens eller inte.²³⁷ Det är följaktligen inte helt riskfritt att använda en lämnad dispens. Lindskog å sin sida är säker på att i de fall låntagaren saknar återbetalningsförmåga, även i de fall dispens givits, blir lånet att likställa med en olovlig värdeöverföring. Konsekvenserna av lånet blir inte bara återbetalningsskyldighet likt det som återfinns i 21 kap., utan även bristtäckningsansvar blir aktuellt för den som medverkat till långivningen. En dispens medför dock att transaktionen blir laglig i enlighet med låneförbudsreglerna, så något straffansvar kan inte påföras.²³⁸

8.2 Penninglån eller förtäckt värdeöverföring?

Vad är egentligen en värdeöverföring? Enkelt uttryckt innebär begreppet att förmögenhet på något sätt lämnar bolaget. Definitionen är vital i och med att den blir avgörande om en transaktion träffas av värdeöverföringsreglerna och om rättsföljderna kan göras gällande. Frågan om en värdeöverföring har inträffat avgörs framför allt utifrån objektivt iakttagbara kriterier, särskilt

²³⁶ SOU 1971:15, s. 323, se även § 115 i förslaget.

²³⁷ Rodhes aktiebolagsrätt, s. 118.

²³⁸ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 157 samt s. 185.

värdeiskrepanan mellan parternas prestationer.²³⁹ För att en affärshändelse ska anses vara en värdeöverföring förutsätts först och främst att händelsen bidrar till att bolagets förmögenhet minskar men även att den inte är av ren affärsmässig karaktär. Huruvida en värdeöverföring medför en förmögenhetsminskning får avgöras enligt allmänna principer, så vilken effekt transaktionen får på bolagets redovisning har därmed ingen avgörande betydelse.²⁴⁰ För framställningen är det förtäckt värdeöverföring enligt punkt fyra i 17 kap. 1 § första stycket som är relevant.²⁴¹ Ett typfall av förtäckt värdeöverföring till aktieägare är just penninglån.²⁴² I moderavgörandet NJA 1951 s. 6 I (Suecia-målet), var låntagaren betalningsoduglig redan vid lånetillfället vilket ledde till att bolaget i praktiken erhöll en värdelös fordran. I och med att vederlag saknades var fordran att betrakta som en förtäckt utdelning, HD likställde således penninglån till aktieägare eller annan med utdelning.²⁴³ Det som kännetecknar en förtäckt värdeöverföring är handlingens benefika karaktär. Penninglån till en betalningsoduglig gäldenär som tillhör den förbjudna kretsen omfattas således inte av lagrummets lydelse i och med att båda parter erhåller en prestation.²⁴⁴

För att lämnande av penninglån ska kunna klassas som en värdeöverföring måste bolagets förmögenhet på något sätt ha minskat genom transaktionen, något som inte är naturligt i och med att lån alltid skall betalas tillbaka. Förslaget i SOU 2009:34 och promemorian om att motfordran skall räknas som värdelös, kan inte heller nyttjas i sammanhanget för att komma runt återbetalningsskyldigheten och likställa lån med värdeöverföringar. Tillvägagångssättet innebär bara en bokföringsmässig åtgärd som syftar till att skydda det bundna kapitalet, att det inträder en spärr för fortsatt kapitalanvändning även vid lån.²⁴⁵ Trots att fordran betraktas som värdelös i bolagets räkenskaper föreligger även fortsättningsvis en skyldighet för mottagaren att återbetala lånet. Det är återbetalningsskyldigheten (att det uppstår en motfordran) som är den väsentliga skillnaden mellan penninglån och utdelning, det går inte att komma ifrån. Rättsläget tycks vara att lån endast räknas som värdeöverföring om låntagaren var betalningsoduglig vid låneögonblicket. Vad gäller om gäldenären bara nästan är insolvent, har en förtäckt värdeöverföring då ägt rum?

²³⁹ Prop. 2004/05:85, s. 372. Lehrberg är kritisk till lagstiftarens uttalanden om affärsmässighetsrekvisitetet och särskilt bedömningsgrunden ”objektivt iakttagbara kriterier”, för vidare läsning se Lehrberg, Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”, SvJT 2012, s. 549 ff.

²⁴⁰ Prop. 2004/05:85, s. 747.

²⁴¹ Termen förtäckt värdeöverföring omfattar en rad olika rättshandlingar, utmärkande är att värdeöverföringen dolts eller bakats in i ett oneröst avtal mellan bolaget och aktieägare eller annan. Tillvägagångssättet kan leda till bevissvårigheter och problem vid bedömningen om avtalet är vederlagsfritt eller inte, se Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 300. Ex. på förtäckta värdeöverföringar är: försäljning till underpris, förvärv till överpris, betalar ut för hög ersättning i förhållande till arbetsprestation, upptar lån till högre ränta än marknadsränta m.m., se prop. 2004/05:85, s. 747.

²⁴² Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag, s. 102.

²⁴³ Se även NJA 1966 s. 475, NJA 1976 s. 618, NJA 1980 s. 311, NJA 1990 s. 343 och NJA 1997 s. 418.

²⁴⁴ Se Anderssons uttalanden om att låntagarens bristande betalningsförmåga är en förutsättning för att penninglån skall anses innefatta en förtäckt utdelning, se Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, en studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler, s. 447.

²⁴⁵ SOU 2009:34, s. 249 f. och departementspromemorian, s. 28 f.

8.2.1 Gränlandet mellan betalningsduglig och betalningsoduglig

Rättsläget kan vid en första anblick tyckas självklart, låntagarens betalningsförmåga är avgörande för om ett lån utgör en olovlig värdeöverföring eller inte. Som nedan kommer visas råder det viss ovisshet angående när ett lån faktiskt utgör en värdeöverföring, varken praxis eller doktrin tycks vara helt säkra på sin sak.²⁴⁶ Sacklén påpekar att rimligtvis borde samtliga förhållanden som kan tänkas påverka fordringens värde ha betydelse vid bedömningen.²⁴⁷ En av svårigheterna är att uppskatta gäldenärens påstådda insolvens och göra en rättssäker bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.²⁴⁸ Lindskog anser därutöver att penninglån utgör en värdeöverföring om lånet inte sker på marknadsmässiga villkor för bolaget. Prövningen huruvida villkor är marknadsmässiga borde ske i förhållande till att bolaget ska ha marknadsmässig ränta för lånet med utgångspunkt i att ingen kreditrisk föreligger och om kreditrisk föreligger skall bolaget erhålla ytterligare kompensation. Mer oklart är vad som gäller i de fall låntagaren inte är insolvent men kreditrisken torde bedömas som stor. Lindskog anser att vid en sådan situation ska en affärsmässig bedömning ske där låntagarens kreditvärdighet är av central betydelse. Får låntagaren betala lägre än marknadsränta och denna obalans inte har kompenserats på annat sätt, föreligger en värdeöverföring. Att en nästan betalningsoduglig låntagare beviljas kredit av bolaget men till högre ränta kan innebära att affärsmässigheten Lindskog talar om är uppfylld.²⁴⁹

Om ett helt avskaffande av låneförbudet i 21 kap. vidtogs, kan eventuellt vissa lån med onormala marknadsvillkor klassas som värdeöverföringar i enlighet med Lindskogs anförande. I de fall gäldenären är insolvent vid lånetillfället likställs transaktionen som ovan nämnts med förtäckt värdeöverföring enligt sueciaprincipen, det råder ingen osäkerhet i den rättsfrågan. I de fall gäldenären är någorlunda betalningsduglig erhåller i stället bolaget en motfordran som har ett visst värde, någon förtäckt utdelning i en sådan situation tycks inte ha skett i överensstämmelse med praxis. Om förhållandet däremot är sådant att stor kreditrisk föreligger och bolaget borde mottagit särskild kompensation för ett beviljat lån men ej så erhållit, kan situationen i så fall likställas med

²⁴⁶ Se t.ex. Nerep & Samuelsson, Aktiebolagslagen – En djup kommentar, kommentar till 17 kap. 1 §, avsnitt 1.8.1.

²⁴⁷ Zacklén, Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994, s. 147.

²⁴⁸ Nerep framhåller att ett återkommande problem har varit frågan om gäldenärens aktieinnehav i det långivande bolaget skall beaktas vid bedömningen av gäldenärens betalningsförmåga, Nerep, Studier, s. 93 ff. Jfr Rodhes bestämda uppfattning att man skall bortse från aktieinnehavet, Rodhes aktiebolagsrätt, s. 79. Frågan bedömdes dock i skattemålet RÅ 1998 ref. 9 och enligt rättens uppfattning skall inte hänsyn tas till aktier i det långivande bolaget, åtminstone inte i de fall när det långivande bolagets enda eller i vart fall dominerande tillgång utgörs av just dess fordran på aktieägaren. Nerep och Samuelsson anser dock fortfarande att det saknas prejudicerande praxis i frågan, se Nerep & Samuelsson, Aktiebolagslagen – En djup kommentar, kommentar till 17 kap. 1 §, avsnitt 1.8.1. NJA 1951 s. 6 I har fastslagit att det är en olaglig värdeöverföring om gäldenären är insolvent vid lånetillfället. Svårigheten ligger således i hur insolvensbedömningen skall göras, något som HD ännu inte heller har gett något konkret svar på, se Nerep, Studier, s. 95 ff. och 107 f. Tidigare var det inte heller självklart vilken prövningsmetod, insolvens- eller insufficiensprövning, som borde användas vid bedömningen av gäldenärens återbetalningsförmåga. Enligt praxis torde insolvensprövning vara det rätta alternativet se t.ex. NJA 1976 s. 618 och NJA 1980 s. 311.

²⁴⁹ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 46 f.

värdeöverföring enligt lagens mening? Enligt praxis har en värdeöverföring ej ägt rum i en sådan situation med tanke på vad som uttalats av HD vid bedömningen av en förtäckt värdeöverföring, se t.ex. domstolens uttalande i NJA 1990 s. 343.²⁵⁰ Trots HD:s formulering hävdar Lindskog att det är möjligt att situationen kan klassas som en värdeöverföring om villkoren om ränta m.m. inte är marknadsmässiga från bolagets perspektiv.²⁵¹

Frågeställningen, när utgör ett lån en olovlig värdeöverföring, är således fortfarande av betydelse för rättstillämpningen. Förmodligen beror det på att ett otillåtet lån sanktioneras hårdare och annorlunda än en otillåten värdeöverföring.²⁵² Gränsen mellan lån som likställs med förtäckt värdeöverföring och lån som befinner sig i gränslandet mellan lovlig och olovlig värdeöverföring är dock ett relativt utforskat område i associationsrätten. Om ett bolag tar stora ekonomiska risker vid långivning till någon i den förbjudna kretsen kan möjligtvis transaktioner som inte är tillräckligt marknadsmässiga klassas som förtäckt värdeöverföring, men något självklart svar tycks ej finnas. Antagligen har gränsdragningsproblematiken inte undersökts närmare på grund av införandet av låneförbudet vars uppgift är att fånga upp otillåtna lån oavsett gäldenärens betalningsförmåga.²⁵³ Om ett slopande av låneförbudet blir verklighet och rättsläget blir snarlikt förhållandet innan förbudets införande, blir diskussionen om penninglånens relation till förtäckta värdeöverföringar återigen relevant.²⁵⁴

8.2.2 Ett tredje implicit låneförbud?

Hitintills har endast två låneförbud berörts, det generella respektive det specifika. Nerep och Samuelsson å sin sida hävdar att det finns *tre självständiga låneförbud* i det svenska regelsystemet.²⁵⁵ Det tredje låneförbudet avser lån som innebär en förmögenhetsminskning och inte är av rent affärsmässig karaktär, förutsatt att de som värdeöverföringar också strider mot 17 kap. 3 §. Gränserna för detta implicita låneförbud kan härledas ur rättspraxis sedan Suecia-målet och är således helt oberoende av reglerna i 21 kap.²⁵⁶ Låter definitionen bekant? Det tredje implicita

²⁵⁰ ”Såsom domstolarna utgått från får lån, som ett aktiebolag lämnar aktieägare, anses utgöra förtäckt vinstutdelning, om aktieägarens ekonomi vid lånetillfället är sådan att återbetalning inte kan påräknas. Vid bedömning av om ackordsöverenskommelsen är ogiltig på grund av att lånen innebar olovlig vinstutdelning är det därför i första hand av betydelse huruvida Nordanland, när lånen lämnades, hade så svag ekonomi att det inte kunde påräknas att lånen skulle återbetalas.”

²⁵¹ Jfr med Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 46 f.

²⁵² Se även Zacklén, Om skyddet för aktiebolagets borgenärer, SvJT 1994, s. 146.

²⁵³ Även införandet av förvärvslåneförbudet i 21 kap. 5 § har haft betydelse i och med att förbudet fyller en självständig funktion i förhållande till närståendeförbudet. Förvärvslåneförbudet tar ju sikte på syftet med lånet, det spelar ingen roll om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen.

²⁵⁴ Angående gränsdragningsproblematiken mellan värdeöverföringar och penninglån, se Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 443 ff.

²⁵⁵ Se även Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s. 232.

²⁵⁶ Nerep & Samuelsson, Aktiebolagslagen – En djup kommentar, kommentar till 21 kap. 1 §, avsnitt 1.1. Se även Nerep, Studier, s. 273 f. Det saknar betydelse om låntagaren omfattas av något av undantagen i 21 kap. ABL, oavsett är 17 kap. tillämpligt, se Nerep, Studier, s. 274.

låneförbudet innebär alltså samma sak som en olovlig förtäckt värdeöverföring som fastställts i Suecia-målet. Förbudet kan dock bara anses implicit i de fall mottagaren är betalningsoduglig vid låneögonblicket, en senare inträffande solvens är inte en värdeöverföring enligt sueciaprincipen och träffas således inte av 17 kap. Att vissa professorer valt en annorlunda terminologi än den som nyttjas i förarbeten och doktrin tycks komplicera rättsläget ytterligare, ett enhetligt språkbruk är att föredra. Även Andersson tycks vara kritisk till begreppsanvändningen och anser att för enkelhetens skull borde transaktioner som uppfyller rekvisiten som fastställts i Suecia-målet klassas som olovlig förtäckt värdeöverföring och inte som ett tredje implicit låneförbud.²⁵⁷ Oavsett om regeln benämns som ett tredje låneförbud eller en olovlig förtäckt värdeöverföring leder begreppsosäkerheten till en invecklad och svåröverskådlig lagstiftning.²⁵⁸ Tack vare den nya skattelagstiftningen som ser till att lån från utländska företag beskattas, har det hävdats att det finns *ytterligare* ett låneförbud, ett nytt skatterättsligt sådant.²⁵⁹ Möjligtvis finns det alltså hela fyra olika låneförbud i dag vilket verkligen påvisar att reglerna om förbjudna lån är alltför spretiga och borde ses över.

8.2.3 Kan ett penninglån vara två olika rättshandlingar samtidigt?

Om ett penninglån strider mot både 21 kap. och 17 kap., vilket regelsystem skall tillämpas? Enligt Bergström och Samuelsson kan en transaktion strida mot alla tre låneförbuden och genom bolagets yrkande avgörs vilket regelverk som ska tillämpas.²⁶⁰ Även Nerep framhåller att de båda regelsystemen kan tillämpas på den föreskrivna situationen. Låneförbudet kan tillämpas oavsett om lånet är en värdeöverföring eller inte och oavsett om lånet dessutom är en olovlig värdeöverföring. Det ena regelsystemet utesluter således inte det andra. Om lånet däremot är en olovlig värdeöverföring och 17 kap. 6-7 §§ aktualiseras blir det onödigt att tillämpa 21 kap. 11 §. Undantagsvis kan dock 21 kap. 1 § tillämpas om mottagaren hävdar god tro, däremot spelar det ingen roll vid lämnandet av säkerheter.²⁶¹ Andersson å sin sida håller inte med den etablerade uppfattningen utan menar att om transaktionen omfattas av sueciaprincipen är det en värdeöverföring och inte längre ett penninglån. En sådan tolkning är enligt honom mer logisk för lån kan ju inte vara en värdeöverföring också eller vice versa. Anderson påpekar att denna, allmänt accepterade syn på penninglån versus värdeöverföringar, kanske egentligen är fullt ut riktig. Om ett penninglån lämnas till en betalningsoduglig aktieägare så föreligger det helt enkelt en värdeöverföring. Rättsligt sett kan det knappast vara penninglån längre för en rättslig handling kan

²⁵⁷ Mailkorrespondens med Andersson, se bilaga 1.

²⁵⁸ Som dessutom går emot lagstiftarens målsättning att utforma ett regelverk som är så begripligt och okonstlat som möjligt, se t.ex. syftet med SOU 2009:34, s. 15.

²⁵⁹ Hultman, Persson, Några konsekvenser av föreslagen stopplagstiftning avseende beskattning av vissa penninglån, SvSkT 2009:2, s. 175. Se även kapitel 4, avsnitt 4.3.

²⁶⁰ Jfr 17 kap. 3 § RB, Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s. 232.

²⁶¹ Mailkorrespondens med Nerep, se bilaga 1.

inte vara två olika rättshandlingar samtidigt.²⁶² Andersson och Nerep tycks således vara av skilda åsikter. Gränsen mellan penninglån och värdeöverföring verkar med beaktande av vad som redovisats inte vara helt klarlagd.²⁶³ Vilket regelsystem som skall tillämpas om ett lån både strider mot 21 kap. och 17 kap. får anses som diskuterbart.

8.3 Blir låneförbudet en överflödig rättsregel?

Oavsett om det återfinns tre låneförbud i ABL så framgår det tydligt att låneförbudet och värdeöverföringsreglerna lever i symbios med varandra, tillämpningen av den ena regeln utesluter inte den andra. Ett tillåtet lån enligt 21 kap. kan vara en olovlig värdeöverföring enligt 17 kap. och vice versa. Behövs verkligen två parallella regelverk som i somliga fall kan tillämpas på samma situation? I de fall ett lån anses tillåtet enligt 17 kap. men otillåtet enligt 21 kap. är det ingen som lider skada på grund av transaktionen, ändock är den olaglig tack vare förbudets strikta utformning.²⁶⁴ Lagstiftaren har infört ett totalförbud med hänsyn till skatteflyktsargument *inte* med hänsyn till borgenärsintresset. Vid andra värdeöverföringar nöjer sig bolagets borgenärer med bolagets bundna egna kapital som fungerar som en yttersta gräns för vad borgenärerna kan förvänta sig alltid finnas i bolaget. Vid ett lån är borgenärerna också tillfreds så länge det bundna kapitalet förblir orört. Hur aktieägarna väljer att disponera bolagets fria medel är således en intern fråga som inte berör borgenärerna. Låneförbudet som blir en säregen bestämmelse i sammanhanget är i dag helt frikopplad från systemet med bolagets bundna och fria kapital. Oavsett hur stora ekonomiska muskler ett bolag besitter, är ett penninglån till den förbjudna kretsen alltid olagligt. Från ett borgenärsperspektiv är det därför svårt att motivera låneförbudet som en självständig aktiebolagsrättslig regel vid sidan av värdeöverföringsreglerna, ett argument som styrks av de senaste utredningarna.²⁶⁵ Redan innan låneförbudets införande lyckades domstolen i Suecia-målet nyttja de kapitalskyddsregler som fanns till buds för att angripa lånesituationen. Principen som fastställts i Suecia-målet fångar upp de rättshandlingar som faktiskt är riskfyllda för bolaget, dessutom är regeln tillämpbar oavsett om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen. Att penninglån som lämnas till en betalningsoduglig gäldenär likställs med förtäckt värdeöverföring kan även i dag utgöra ett tillräckligt skydd för borgenärerna i och med att bestämmelsen intervenerar om lånet inkräktar på det bundna kapitalet. Visserligen förutsätter sueciaprincipen att gäldenären är betalningsoduglig, men om vederbörande i stället är betalningsduglig föreligger ändå ingen skaderisk

²⁶² Mailkorrespondens med Andersson, se bilaga 1.

²⁶³ Se Anderssons resonemang som berör gränsdragningsproblematiken mellan penninglån och en otillåten värdeöverföring. Dessutom ifrågasätter han varför HD har valt att ”konstruera om” förfoganden över bolagsförmögenheten till penninglån, se Andersson, Om vinstutdelning från aktiebolag, s. 443 ff., se särskilt s. 446 f

²⁶⁴ Någon minoritetsaktieägares rätt får inte heller ha trätts förnär.

²⁶⁵ Se bl.a. SOU 1997:168, s. 86, SOU 2009:34, s. 246 och s. 249 f. och departementspromemorian, s. 27 ff. Se även Nereps skarpa uttalande ”Det kan sättas ifråga om det generella utlåningsförbudet över huvud taget fyller någon självständig, aktiebolagsrättslig funktion vid sidan av utbetalningsförbudet”, Nerep, Studier, s. 275.

i och med att det återfinns en värdefull fordran. Ett lån som genererar i en motfordran utsätter inte heller borgenärerna för någon ”extra” risk, så någon ytterligare säkerhet än den som finns enligt 17 kap. är omotiverad. Regelsystemet var tillfredsställande redan innan låneförbudets införande, vad föranleder att värdeöverföringsreglerna anses otillräckliga i dag? Om lagstiftningen följer den riktning regeringen börjat utpeka, att skattereglerna borde frikopplas från associationsrätten, kan skatteflyktsargumentet inte längre motivera ett absolut låneförbud.²⁶⁶ Om en sådan rättsutveckling sker, blir det strikta låneförbudet till synes en överflödig rättsfigur i ABL:s regelmassa.

8.4 Avsaknaden av ett bristtäckningsansvar i låneförbudet

Aktiebolagsutredningar har genom åren ideligen förespråkade att lånereglerna skall ses som en del av kapitalskyddsreglerna och utformas med hänsyn härtill. Avsnittet avser att närmare undersöka de skillnader som finns mellan förbjudna lån och värdeöverföringar beträffande påföljderna återbetalningsskyldighet och bristtäckningsansvar.

8.4.1 Skadestånd ett substitut för bristtäckning

17 kap. 6 § ABL reglerar mottagarens återbetalningsskyldighet om en olovlig värdeöverföring har ägt rum. Om vederbörande är oåtkomlig, betalningsoduglig eller i god tro blir bristtäckningsansvaret i 17 kap. 7 § i stället relevant.²⁶⁷ Bestämmelsen är sekundär i förhållande till återbetalningsskyldigheten och träffar styrelseledamot, vd, revisor, lekmannarevisor och särskild granskare men även aktieägare eller annan kan hållas ansvarig.²⁶⁸ Medverkansansvaret uppkommer om det föreligger ett orsakssamband mellan personens handlande och uppkomsten av en olovlig värdeöverföring, vederbörande har exempelvis medverkat till beslutet eller verkställt utbetalningen.²⁶⁹ Vid brott mot låneförbudet aktualiseras däremot inget bristtäckningsansvar, i stället inträder en omedelbar återbetalningsskyldighet enligt 21 kap. 11 § och ett eventuellt skadeståndsanspråk enligt 29 kap.²⁷⁰

Sedan låneförbudets införande 1973 och fram till 2005 års reform var förbjudna lån giltiga förutom de fall som täcktes av principen i NJA 1992 s. 717. Om ett lån däremot lämnades till en

²⁶⁶ Se regeringens uttalande i Prop. 2009/10:12, s. 22 f.

²⁶⁷ Vid ”formenliga värdeöverföringar” är mottagaren återbäringsskyldig om bolaget visar att han insåg eller bort inse att transaktionen stred mot ABL. Vid ”olagliga värdeöverföringar” spelar det däremot ingen roll om mottagaren insett att värdeöverföringen stred mot ABL, det räcker således att mottagaren insåg eller bort inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget, se Rodhes aktiebolagsrätt s. 108.

²⁶⁸ Observera den subjektiva skillnaden för aktieägare och annan, det krävs uppsåt eller grov oaktsamhet för att drabbas av medverkansansvar, se Rodhes aktiebolagsrätt, s. 108.

²⁶⁹ Av NJA 1997 s. 418 framgår dessutom att den som är mottagare, från någon som är återbetalningsskyldig, av något som härrör från en olovlig utbetalning, kan bli medverkansansvarig. Även andra personer kan således bli bristtäckningsansvariga genom en analog tillämpning av bestämmelsen. I subjektivt hänseende krävs dock vetskap om att egendom härstammar från en olovlig värdeöverföring, se prop. 2004/05:85, s. 396.

²⁷⁰ Ha i åtanke att de flesta aktiebolag är privata enmansbolag och av naturliga skäl kommer inte aktieägaren att väcka skadeståndstalan mot sig själv. Även bristtäckningsansvaret i 17 kap. förutsätter flera inblandade parter.

betalningsoduglig gäldenär blev sueciaprincipen tillämpbar. Mottagarens återbetalningsskyldighet blir vid en sådan situation meningslös på grund av mottagarens bristande betalningsförmåga men ett eventuellt bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 7 § kan bli betydelsefullt och tillämpas. Om lånet i stället lämnats till en betalningsduglig gäldenär som efter lånetillfället blev insolvent kan inte sueciaprincipen tillämpas. Enligt 21 kap. inträder återbetalningsskyldighet för mottagaren men även här blir ett sådant krav meningslöst. I och med att situationen inte omfattas av 17 kap. kan inte ett bristtäckningsansvar aktualiseras för den som medverkat till det olagliga lånet. Emellertid kan skadeståndsreglerna i 29 kap. appliceras och blir ett substitut för eventuell bristtäckning, men blott om det skett en vårdslös kreditgivning. En överträdelse av låneförbudet torde inte i och för sig räcka för skadeståndsansvar för andra medverkande men frågan går att diskutera anser Andersson.²⁷¹ Det tycks således bli svårt att bevisa oaktsamhet vid utkrävandet av internt ansvar enligt 29 kap. 1 § första stycket, första meningen samt externt ansvar enligt stadgandets andra mening. Ur ett borgenärsskyddsperspektiv får reglerna i 17, 21 och 29 kap. ändå anses vara tillfredsställande framhåller Nerep. Om det föreligger majoritets- och minoritetskonflikter kan generalklausulen i 7 kap. 47 § och 8 kap. 41 § samt likhetsprincipen i 4 kap. 1 § dock bli tillämpliga, dessvärre har inte heller denna ansvarfråga klagjorts i praxis.²⁷²

Vid den stora reformen 2005 infördes ogiltighet för förbjudna lån. Vid departementsbehandlingen uppmärksammades aldrig frågan om ett bristtäckningsansvar för brott mot låneförbudet. Regeringen ansåg att något bristtäckningsansvar för medverkan till ett otillåtet lån inte erfordrades. Någon motivering till ställningstagande gavs dock inte. Inte heller kommittén uppmärksammade frågeställningen vilket kan tyckas underligt i och med att de förespråkar samma systematik för lånereglerna som för de andra värdeöverföringsreglerna.²⁷³ Att frågan om bristtäckningsansvar inte beaktats innan reformen berodde på att lånen var förbjudna men fortfarande giltiga, man kan inte ha ett bristtäckningsansvar för giltig rättshandling. Efter reformen kan dock ett bristtäckningsansvar vara tekniskt möjligt vid förbjudna lån men en sådan reglering är ”overkill” enligt Andersson.²⁷⁴ Regeringens avfärdande är således i linje med Anderssons inställning. Ett bristtäckningsansvar tycks ej fordras vid förbjudna lån men det hade enligt min mening varit intressant att ta del av de bakomliggande argument som föranledde regeringens slutsats. Att bara säga att regeln inte behövs är fragmentariskt.

Nuvarande reglering innebär följaktligen en omedelbar återbetalningsskyldighet och eventuellt ett skadeståndsansvar vid brott mot låneförbudet. Skadeståndet verkar vara ett svårtillämpat instrument

²⁷¹ Mailkorrespondens med Andersson, se bilaga 1. Jfr med 29 kap. 1 § andra meningen, att en regel i ABL skall ha överträtts. Se även uppsatsens kapitel 4, avsnitt 4.2.2 som belyser problematiken vid skadeståndsanspråk.

²⁷² Mailkorrespondens med Nerep, se bilaga 1.

²⁷³ Prop. 2004/05:85, s. 434 och s. 808 jfr SOU 1997:168, s. 87 och s. 106.

²⁷⁴ Mailkorrespondens med Andersson, se bilaga 1.

och kan därför ses som ett sämre skydd än 17 kap. bristtäckningsansvar. I enligt med sueciaprincipen är det låntagarens solvens som avgör om 17 kap. eller 21 kap. tillämpas och vilka rättsföljder som kan aktualiseras. Om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen och först efter lånetillfället blir insolvent kan bristtäckningsansvar inte göras gällande utan endast skadestånd enligt 29 kap. står till bolagets förfogande.²⁷⁵ Bristtäckningsansvaret i 17 kap. 7 § verkar dock vara ett effektivare och kraftfullare verktyg än skadestånd som är ett krångligt instrument vid förbjudna lån. Sandström anser att skadestånd är möjligt men svårt att använda mot vårdslös långivning, ett uttalande som är i linje med Andersson bedömning ovan.²⁷⁶ Sandström som bara lätt berör relationen mellan förbjudna lån och värdeöverföringar hävdar att 21 kap 11 § är enklare att tillämpa än 17 kap. 6 §. För att 17 kap. 6 § skall tillämpas krävs en olovlig värdeöverföring och ett förbjudet lån kan fortfarande vara en laglig värdeöverföring, därför blir det enklare att tillämpa 21 kap. 11 § vid otillåtna penninglån och säkerheter.²⁷⁷ Vidare anförs: ”Men är mottagaren betalningsoduglig är inget av lagrummen till hjälp. I så fall är förmodligen 17:6 närmast att föredra. Detta sammanhänger med det sekundära ansvaret för medverkande i 17:7 ABL.”²⁷⁸ Sandström uttalanden visar att bristtäckningsansvaret fortfarande kan bidra till att komma åt personer som medverkat till ett olagligt lån eller ställande av säkerhet. Tyvärr utvecklar han inte sitt resonemang men ett viktigt påpekande är att det inte finns någon valfrihet, man kan inte välja mellan 17 kap. och 21 kap. beroende på om mottagaren är betalningsduglig eller inte. Värdeöverföringsreglerna uppställer vissa rekvisit som måste vara uppfyllda, värdeöverföringen måste ha skett i strid med kapitlets bestämmelser eller att sueciaprincipen kan tillämpas, det räcker således inte bara att rättshandlingen strider mot 21 kap. Med beaktande av Sandströms resonemang tycks bristtäckningsansvaret ge ett mer tillförlitligt skydd än möjligheten att kräva skadestånd. Troligtvis föreligger det en lite större risk vid förbjudna lån än vid olovliga värdeöverföringar att bolaget förlorar de utlånade medlen.

8.4.2 Återbetalningsskyldigheten inte längre absolut, krävs ett bristtäckningsansvar?

Enligt den senaste promemorian föreslås ett godtrosskydd införas för mottagaren av lånet.²⁷⁹ Även inför reformen 2005 föreslogs ett subjektivt rekvisit som avfärdades vid departementsbehandlingen. I och med att vi har ett absolut låneförbud skulle ett subjektivt rekvisit ta sikte på ett betydande

²⁷⁵ Jfr dock med avsnittet ovan rörande gränsländet mellan betalningsduglig och betalningsoduglig, se 8.2.1.

²⁷⁶ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt s. 329, samt not 25. För mer ingående utredning om möjligheten till skadestånd se uppsatsens kapitel 4, avsnitt 4.2.2.

²⁷⁷ Jfr med vad som sägs i Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 329, att 21 kap. 11 § är ändrad i förhållande till äldre rätt innebär att den civilrättsliga verkan i dag blir ogiltighet och egendom skall återbäras, vilket i sin tur gör att intresset att använda 17 kap. 6 § minskat.

²⁷⁸ Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, s. 315.

²⁷⁹ Se förslaget lydelse av 21 kap. 11 §, departementspromemorian s. 30.

mått av rättsvillfarelse något som normalt inte är skyddsvärt.²⁸⁰ Om förbudet däremot revideras likt promemorians förslag och inte längre är absolut blir likheten med 17 kap. 6 § mer påtaglig.²⁸¹ I promemorian påpekas också att den som medverkat till ett otillåtet lån kan bli skadeståndsskyldig enligt 29 kap. men något bristtäckningsansvar aktualiseras inte.²⁸² Om förslaget går igenom kan frågeställningen om bristtäckningsansvar bli än mer intressant i och med att återbetalningsskyldigheten inte längre är absolut. Anledningen till att 17 kap. 7 § införts är just för att täcka upp i de situationer mottagaren är i godtro eller betalningsoduglig. Som vi ser blir lånereglerna och värdeöverföringsreglerna slående lika enligt förslaget och om man tillhör Uppsalaskolan och förespråkar systematisk likformighet kan anföras att samma påföljdssystem borde gälla för förbjudna lån. Andersson å sin sida anser att rättsliga lösningar skall vara funktionellt vettiga, systematisk likhet är inte ett skäl för bristtäckningsansvar vid förbjudna lån. Tvärtom menar Andersson att den stora skillnaden ligger i att vid värdeöverföringar lämnar bolaget ifrån sig något, så är inte fallet vid lån i och med att lånet skall återgäldas. Här ligger en väsentlig skillnad, lån och utdelning är inte samma sak.²⁸³ Systemet med värdelösa fordringar som föreslås i promemorian är en bokföringsteknisk åtgärd, även om lån likställs med värdeöverföring i räkenskaperna saknas likheter i övrigt, i och med att lånet fortfarande skall återbetalas. Sammanfattningsvis behövs i dagsläget inget bristtäckningsansvar vid brott mot låneförbudet, troligtvis är skadestånd tillräckligt. Dessvärre saknas praxis som berört bolagets möjlighet att kräva skadestånd av den som medverkat till ett otillåtet lån, möjligheten är således fortfarande inte prövad.²⁸⁴

²⁸⁰ Se regeringen bedömning i prop. 2004/05:85, s. 436.

²⁸¹ Mailkorrespondens med Andersson, se bilaga 1.

²⁸² Även aktieägare kan bli skadeståndsskyldiga enligt 29 kap. ABL, se departementspromemorian, s. 31

²⁸³ Mailkorrespondens med Andersson, se bilaga 1. Jfr FAR:s remissvar som avstryker ett godtrosskydd vid förbjudna lån enligt en liknande motivering, se Ju 2009/3395/L1, FAR:s remissvar av promemorian, Ett slopat låneförbud, s. 1 f.

²⁸⁴ Jfr med NJA 1976 s. 618 där det bara uttalades att eventuell skadeståndsskyldighet kan uppkomma.

9 LÅNEFÖRBUDETS STRAFFSANKTION – EN BORTGLÖMD KVARLEVA

Vid låneförbudets införande år 1973 var en olovlig värdeöverföring straffbelagd med böter eller fängelse, därför ansågs det lämpligt att ett förbjudet lån också skulle rendera i straffrättsliga påföljder. Strax därefter år 1975 avkriminaliserades dock olovliga värdeöverföringar. Följande kapitel ämnar utreda varför låneförbudet inte avkriminaliserades samtidigt som de andra värdeöverföringsreglerna. Därefter utreds om låneförbudets straffsanktion kan utmönstra inom en snar framtid. Även konsekvenserna av en sådan reglering undersöks närmare.

9.1 *Låneförbudet kriminaliseras och värdeöverföringsreglerna avkriminaliseras*

Aktiebolagsutredningen framhöll i sitt betänkande 1971 att aktiebolagslagens nuvarande sanktionssystem var både omfattande, invecklat och svåröverskådligt. Vissa rättshandlingar i lagen var både straffbelagda i dåvarande aktiebolagslag och enligt BrB.²⁸⁵ Både remissinstanserna och föredraganden i prop. 1975:103 delade aktiebolagsutredarnas uppfattning och ansåg att reglerna var onödigt omfattande och borde kunna göras mer lättöverskådliga.²⁸⁶ En viktig utgångspunkt enligt föredraganden var att bestämmelser i aktiebolagslagen inte behöver straffbeläggas när de täcks av BrB:s regler. Dessutom bör straffsanktion användas endast om en överträdelse leder till verklig skada eller fara för samhället eller enskild och annan reglering som t.ex. skadestånd eller vitesföreläggande betraktas som otillräckligt. I riksåklagarens yttrande över lagförslaget framfördes att straffbestämmelser för penninglån och olovliga värdeöverföringar inte fordras. Bestämmelser om återbäringsskyldighet, skadestånd samt BrB:s ansvarsregler ansågs vara tillräckliga åtgärder. Även andra remissinstanser ifrågasatte om inte de associationsrättsliga straffbestämmelserna helt borde slopas.²⁸⁷ 1971 års aktiebolagsutredning redovisade för det nordiska rättsläget olikheter vid den aktuella tidpunkten och påpekade att det danska rättssystemet var mycket långtgående och kriminaliserade alla överträdelser utom de gärningar då den allmänna strafflagen var tillämplig. Den norska lagen var något mildare än den danska men inte så fri som den finska som saknade straffsanktioner över huvud taget.²⁸⁸ I remissvaren påpekades just att inga dåliga erfarenheter hade redovisats av det finska systemet, vilket ytterligare påvisade att de svenska straffstadgandena kunde slopas.²⁸⁹

²⁸⁵ SOU 1971:15, s. 398.

²⁸⁶ Uppmärksamma att prop. 1975:103 behandlar resterande förslag i betänkandet SOU 1971:15. Prop. 1973:93 särbehandlade bara vissa frågeställningar (bl.a. låneförbudet) med anledning av frågornas angelägenhetsgrad.

²⁸⁷ Prop. 1975:103, s. 565 ff.

²⁸⁸ SOU 1971:15, s. 397.

²⁸⁹ Prop. 1975:103, s. 566.

Både för- och nackdelar avseende behovet av straffbestämmelser i ABL diskuterades av utredarna i SOU 1971:15. Beträffande värdeöverföringsreglerna konstaterades att det finns regler om återbäringsskyldighet och bristtäckningsansvar men även regler som kan föranleda skadeståndsansvar. Dessa regler ger ett väsentligt skydd för aktieägarna och borgenärerna och i mer allvarliga fall kan personen i fråga dömas enligt BrB för trolöshet mot huvudman, förskingring, oredlighet mot borgenär och vårdslöshet mot borgenär. Att även straffa den försumlige för den olovliga värdeöverföringen, även om transaktionen inte lett till någon skada, kan vara en allt för radikal åtgärd. Argument som däremot framhölls för straffsanktionens kvarvarande var att utan en straffsanktion undergrävs respekten för förbudet. Vidare anfördes att straffbestämmelsen knyter an till en fundamental regel inom aktiebolagsrätten, att aktieägare inte svarar för bolagets förbindelser med mer än aktiekapitalet och straffbestämmelsen utgör mer eller mindre en förutsättning för regelns upprätthållande. Vid en samlad bedömning kom utredarna till slutsatsen att brott mot värdeöverföringsreglerna även fortsättningsvis måste leda till straffansvar, en avkriminalisering borde ej ske.²⁹⁰

Därefter berörde utredarna i SOU 1971:15 låneförbudets straffansvar, de ansåg att bedömning borde göras i enlighet med vad som ovan nämnts om värdeöverföringar. Med hänsyn till skyddet för aktieägare och borgenärs intressen föreligger ingen djupgående skillnad mellan upptagande av lån eller ställande av säkerhet och olovlig värdeöverföring. Enligt utredarna får dessa två rättshandlingar liknande effekter för borgenärer och aktieägare om de överträds. Straffbeläggningen motiverades också av angelägenheten att markera vikten av att den nya regeln om förbjudna lån iakttogs. Vid en samlad bedömning kom utredarna till slutsatsen att även låneförbudet borde kriminaliseras.²⁹¹ Mot bakgrund av aktiebolagsutredningens resonemang är det diskuterbart att lagstiftaren sedermera kom till motsatt slutsats och avkriminaliserade olovliga värdeöverföringar men inte förbjudna lån.

9.1.1 Låneförbudet är straffbelagt på grund av skatteskal

I specialmotiveringen till prop. 1975:103 hänvisade föredraganden till i stycket ovan nämnda sanktioner vid en olovlig värdeöverföring och sa att dessa var tillräckliga för att skydda borgenärer och aktieägare. Det kan inte anses nödvändigt att straffa den försumlige för gärningen, särskilt inte om handlingen inte medfört någon skadlig effekt, ett sådant system blir enligt honom alltför långtgående. Vidare yttrades: ”En utbetalning som formellt strider mot lagen behöver inte med nödvändighet medföra ens abstrakt fara för skadliga verkningar.”²⁹² Med det sagt skedde en lagändring och olovlig värdeöverföring avkriminaliserades. Angående låneförbudet poängterades att

²⁹⁰ SOU 1971:15, s. 405.

²⁹¹ SOU 1971:15, s. 405 f.

²⁹² Prop. 1975:103, s. 572.

anledningen till att låneförbudet måste straffsanktioneras sammanhänger bl.a. med att förbjudna lån utgör en form av skatteflykt.²⁹³ Föredragandens motivering till att behålla straffbeläggningen känns väldigt knapphändig och tyvärr ges inte någon närmare förklaring. Än en gång ser vi hur lagstiftaren motiverar låneförbudets utformning med hänsyn till statens fiskala intressen. Anledningen till att förbjudna lån inte avkriminaliserades 1975 berodde således på statens rädsla för skattebortfall.

9.1.2 Ett motsägelsefullt påföljdssystem

Det kan tyckas motsägelsefullt att två så lika transaktioner resulterar i så olika rättsföljder. Utredarnas argument i SOU 1971:15 upplevs som mer legitima då de behandlar ett otillåtet lån och en olaglig värdeöverföring enhetligt. Vid tidpunkten för deras bedömning var värdeöverföringsreglerna straffsanktionerad och med hänsyn till likheten mellan de båda transaktionerna var det motiverat att låneförbudet gick samma öde till mötes. Aktiebolagsutredningen belyste både för- och motargument till att behålla straffsanktionen vid en otillåten värdeöverföring och enligt deras mening var argumenten för ett behållande av straffsanktionen övervägande. Tillskillnad från föredraganden i prop. 1975:103 behandlade utredarna straffsanktionen för förbjudet lån och otillåten värdeöverföring enligt samma principer vilket föranledde en konsekvent bedömning. Visserligen har föredraganden rätt i att de andra påföljderna för olovliga värdeöverföring är tillräckliga men det anmärkningsvärda är hur föredraganden motiverade upphävandet av straffsanktionen för värdeöverföringar men inte beaktar samma resonemang i förhållande till låneförbudet. Uttalandet ”En utbetalning som formellt strider mot lagen behöver inte med nödvändighet medföra ens abstrakt fara för skadliga verkningar” har en viss poäng i förhållande till en olovlig värdeöverföring men uttalandet tycks än mer beskriva situationen hur ett förbjudet lån borde betraktas. Skillnaden för förbjudna lån är att de alltid är olagliga oavsett om det föreligger någon abstrakt fara för skada eller inte. Det kan ur detta perspektiv ifrågasättas varför varken föredraganden eller lagstiftaren uppmärksammade likheterna mellan bestämmelserna och avskaffade straffsanktionen för förbjudna lån samtidigt som värdeöverföringar avkriminaliserades. Ur ett större perspektiv är det dock inte så underligt med tanke på att låneförbudet även motiveras av skatteskal. För att motverka risken för skatteflykt krävs uppenbarligen fängelse i straffskalan. Tack vare lagstiftarens resonemang har vi i dag en associationsrättslig bestämmelse som motiveras först och främst av risken för skatteflykt men även påföljdssystemet har utformats strikt på grund av skatteskal.

²⁹³ Prop. 1975:103, s. 575.

9.2 Låneförbudet ska även fortsättningsvis vara kriminaliserat

Vid utformningen av nya ABL föreslog 2001 års aktiebolagskommitté att låneförbudets straffsanktion skulle utmönstra och i stället skulle ett förbjudet lån behandlas likt de andra kapitalskyddsreglerna.²⁹⁴ Flertalet remissinstanser godtog förslaget och åklagarkammaren i Linköping ifrågasatte till och med om inte ytterligare straffbestämmelser bör utgå. Trots kommitténs förslag, valde regeringen att bevara straffbestämmelsen.²⁹⁵ Regeringen knöt an till tidigare lagstiftningsärenden²⁹⁶ och uttalade sig generellt om att kriminalisering som metod att förhindra olika överträdelse i samhället bör användas med försiktighet. Vidare anfördes att kriminalisering inte alltid är det mest effektiva medlet för att motverka ett oönskat beteende och fortsatte ”Enligt vår mening bör därför överträdelser av aktiebolagslagens bestämmelser straffsanktioneras endast i den utsträckning det saknas andra lämpliga sanktioner, t.ex. skadestånd eller vite.”²⁹⁷ Regeringens resonemang kan uppfattas som motsägelsefullt i och med att brott mot låneförbudet resulterar i både återbetalningsskyldighet och hårda skatterättsliga sanktioner. Även den skatterättsliga bestämmelsen om skattetillägg kan bli aktuell och torde kunna jämföras med vite. För långivaren kan ett eventuellt skadestånd komma att utdömas. Att det skulle saknas lämpliga sanktioner vid överträdelse av låneförbudet är följaktligen inte sant. Regeringen tillför i sin bedömning att respekten för låneförbudet måste upprätthållas, då krävs det en kraftfull sanktion. Kommitténs förslag i SOU 2001:1, att kapitalskyddsreglernas civilrättsliga sanktioner ska gälla även för låneförbudet, avfärdas således av regeringen som finner dem otillräckliga.²⁹⁸ Det är inkonsekvent av regeringen att i ena ändet säga att kriminalisering ska ske med försiktighet och vid avsaknad av lämpliga alternativ och i det andra ändet säga att kriminalisering ska ske med kraftfull sanktion oavsett om det finns mer lämpade påföljder.

9.3 Låneförbudets straffbestämmelse appliceras av domstolen

Det saknas näst intill bolagsrättslig praxis på området rörande tillämpningen av låneförbudets straffsanktion. I straffskalan ingår som sagt böter eller fängelse i högst ett år och i NJA 1986 s. 56 dömdes en person som var både vd, styrelseledamot och aktieägare till en månads fängelse. HD anförde att de viktiga intressen som från både allmän och enskild synpunkt uppbär låneförbudet allvarligt åsidosatts. Personen i fråga hade uppsåtligen tagit ett otillåtet lån hela fyra gånger och det

²⁹⁴ SOU 2001:1, s. 403.

²⁹⁵ Prop. 2004/05:85, s. 493 och Ju2001/220/L1, s. 149.

²⁹⁶ Prop. 1994/95:23, s. 52 f.

²⁹⁷ Prop. 2004/05:85, s. 494 jfr med prop. 1975:103, s. 567.

²⁹⁸ Prop. 2004/05:85, s. 435.

sammanlagda beloppet översteg dessutom bolagets egna kapital. Fängelsepåföljden ansågs påkallad av allmänpreventiva skäl, rätten behövde stationera ett avskräckande exempel.²⁹⁹

Ett relativt nytt hovrättsavgörande, RH 2012:50, berörde frågan om brott mot låneförbudet är ett brott av sådan art att påföljden normalt ska bestämmas till fängelse. Visserligen är avgörandet inget prejudikat men med hänsyn till den näst intill obefintliga praxis som finns på området är det motiverat att uppmärksamma domen.³⁰⁰ Förutsättningarna var nästan de samma som i det äldre HD-avgörandet. Mottagaren av lånen var styrelseledamot och formell företrädare för bolaget och brotten ansågs ha gjorts uppsåtligen under två års tid. Uttagen motsvarade nästan hälften av bolagets omsättning och ingen återbetalning hade skett. En viktig skillnad i hovrättsavgörandet var att uttagen hade bokförts löpande i bolagets bokföring och styrelseledamoten hade deklarerat lånen som intäkt av tjänst. I tingsrätten bestämdes påföljden till villkorlig dom med 75 timmars samhällstjänst men om fängelse i stället hade valts som påföljd skulle två månaders fängelse dömts ut. Domen överklagades och i hovrätten fördes en diskussion kring frågan om låneförbudet var ett s.k. artbrott och det är av avgörande betydelse om allmänpreventiv hänsyn kan anses göra sig gällande med särskild styrka. Domstolen hänvisade till HD-avgörandet, då fängelsepåföljden ansågs nödvändig med anledning härav. Vidare anförde hovrätten att ett framträdande syfte med låneförbudet är att förhindra att uttag sker ur ett bolag för privat konsumtion utan att vederbörande betalar skatt. Dessutom kan brott mot låneförbudet vara svårupptäckta och liksom vid skattebrott kan det tänkas att fängelse har en större preventiv verkan. Med anledning av vad som anförts gör hovrätten bedömningen att ett uppsåtligt brott mot låneförbudet, är ett artbrott vars påföljd normalt borde bestämmas till fängelse. En avgörande skillnad mellan de två målen var att den tilltalade i hovrättsfallet hade deklarerat lånen som inkomst av tjänst. Det främsta skyddsändamålet till att ett låneförbud infördes var att förhindra skatteflykt och personen i fråga hade deklarerat det otillåtna lånet så något skatteundandragande syfte kunde inte läggas honom till last. Visserligen kan straffvärdet uppskattas till två till tre månaders fängelse men vid en samlad bedömning fastställde hovrätten tingsrättens dom.

En hårddragen slutsats av de två målen är att om du undandrar det allmänna skatt döms du till fängelse men om du deklarerar det olagliga lånet kan du klara dig undan med villkorlig dom, för låneförbudets huvudsakliga skyddsändamål har inte trätts förnär. Det känns som både HD och

²⁹⁹ HD motiverade påföljden enligt följande: ”Genom Olof Å:s förfarande har alltså de viktiga intressen som från både allmän och enskild synpunkt uppbär låneförbudet allvarligt åsidosatts. Endast böter kan inte komma i fråga. Även med beaktande av att Olof Å:s personliga förhållanden är sådana att från individualpreventiv synpunkt en icke frihetsberövande påföljd i och för sig är att föredra, måste av allmänpreventiva skäl fängelsepåföljd anses påkallad. Straffet bör bestämmas till fängelse en månad.”

³⁰⁰ I RH 2007:2 som berörde brott mot förvärvslåneförbudet dömdes två personer till två respektive tre månaders fängelse. Domen nekades prövningstillstånd i HD.

hovrätten bortsett från det andra skyddssyftet med bestämmelserna, skyddet för bolagets borgenärer. En av anledningarna till att de två rättsfallen redovisats är för att än en gång belysa vad som verkar vara mest skyddsvärt i lagstiftarens ögon. Skatteflykt kan motverkas genom de skatterättsliga reglerna i IL och skatteflyktslagen, påföljden för skattebrott är dessutom hårdare i och med att straffskalan sträcker sig från böter till sex års fängelse. Regeringens uttryckliga önskan i prop. 2009/10:12 om en frikoppling mellan ABL:s regler och skattelagstiftningen föranleder att låneförbudets straffsanktion i framtiden inte längre kan motiveras av skatteskal. Som de två rättsfallen påvisar är det just risken för skatteflykt som bidragit till att fängelsestraff har utdömts, inte vikten av att skydda bolagets borgenärer. Därför är det på tiden att straffsanktionen prövas på nytt och argument som talar för en avkriminalisering återigen utreds.

9.4 Bör låneförbudet avkriminaliseras?

Låneförbudet borde kanske redan ha avkriminaliserats i samma veva som värdeöverföringsreglerna vid 1975 års reform. Denna potentiella ”miss” av lagstiftaren får vi betala för än i dag, eller får vi verkligen det? Rent konkret så finns det i princip ingen praxis som berör brott mot närståendeförbudet och straffsanktionen tillämpas till synes aldrig. Vad är i själva verket anledningen till att en straffsanktionerad bestämmelse i ABL nästan helt saknar praxis? Påkallar förbudet en stor försiktighet från bolagsledningens sida, att reglerna har en stor preventiv verkan som avskräcker från att ge penninglån, antagligen inte. Med största sannolikhet beror avsaknaden av praxis på lagkonkurrens mellan aktiebolagsrättens regelverk och skattelagstiftningen.³⁰¹ Åklagaren väljer att driva processen i de allmänna förvaltningsdomstolarna och åtala för skatteförseelse, skattebrott eller grovt skattebrott i stället för brott mot låneförbudet i ABL.³⁰² Åklagarens val grundar sig sannolikt på att straffskalan för skattebrott är fängelse upp till sex år i jämförelse med låneförbudets straffskala som bara sträcker sig upp till ett års fängelse. Åklagarkammaren i Linköping hävdar i sitt remissvar till slutbetänkandet SOU 2001:1, att brott mot låneförbudet ofta har varit svårutredda och svårbevisade. Enligt deras erfarenhet har det varit få anmälningar mot förbudet och att det sällan leder till något åtal. Låneförbudet tillsammans med de andra straffbestämmelserna, som inte heller tillämpas, borde enligt deras uppfattning utgå.³⁰³

Leijonhufvud anser att straffansvar är föga användbart som sanktion i associationsrättslig lagstiftning med motiveringen att straffansvar enligt allmänna straffbestämmelser i regel är tillfredsställande. Låneförbudet skyddar bolaget mot missbruk av dess förtroendemän men även

³⁰¹ I uppsatsen har det konstaterats att det finns rikligare skatterättslig praxis än bolagsrättslig praxis i frågor rörande låneförbudet, vilket tyder på en lagkonkurrens mellan regelsystemen, se t.ex. RÅ 1981 1:1 och RÅ 1984 1:90.

³⁰² SKBL 2-4 §§. Uppmärksamma i sammanhanget att ABL och SKBL tar sikte på olika subjekt, endast mottagaren av lånet kan dömas för skattebrott.

³⁰³ Ju2001/220/L1, s. 149.

andra intressenter erhåller skydd genom reglerna. Vidare sägs att det kan uppstå en konkurrenssituation mellan låneförbudets straffbestämmelse och trolöshetsbrotten i BrB i och med att låneförbudets straffsanktion har en karaktär av ordningsföreseelse. Som Leijonhufvud påpekar saknas det en subsidiaritetsklausul i ABL, således tycks BrB:s 10 kap. kunna tillämpas på en situation som omfattas av låneförbudet.³⁰⁴ Även ett lån som likställs med olovlig värdeöverföring kan föranleda att BrB tillämpas, vid en sådan transaktion är det 11 kap. BrB som aktualiseras.³⁰⁵ Det sagda påvisar att ABL:s straffansvar kan vara överflödigt framför allt med anledning av lagkonkurrensen mellan ABL och SKBL men även konkurrens mellan ABL och BrB tycks kunna uppstå.

9.4.1 Vad säger statistiken?

Enligt Brå anmäldes 150 brott mot ABL:s låneförbud 2012, av dessa ansågs 42 stycken uppklarade.³⁰⁶ Anmälningar enligt SKBL (2-10 §§) för samma tidpunkt var 17 176 brott varav 7402 ansågs uppklarade.³⁰⁷ Enligt Brå:s rapport, Brottsutvecklingen i Sverige fram till 2007, som analyserat brottsutvecklingen från år 1975 till 2007, svarar skattebrott och bokföringsbrott för cirka 90 % av alla misstänkta ekobrott. Endast 1 % av de inkomna brottsmisstankarna 2007 rörde brott mot ABL medan 52 % rörde skattebrott.³⁰⁸ Av statistiken framgår dessvärre inte hur stor del som avser brott mot just låneförbudet utan alla brott mot ABL inräknas. Som vi ser föreligger det en stor skillnad såväl i dag som förr mellan anmälda brott mot skattebrottslagstiftningen och anmälningar mot låneförbudet. I uppsatsen sägs att det nästan saknas praxis för brott mot närståendeförbudet och vars påföljd bestämts till fängelse, ett påstående som styrks av Brå:s statistik för lagförda personer. Enligt uppgifterna dömdes inte en enda person till fängelse för brott mot ABL år 2012.³⁰⁹ Antalet fängelsedomda för något av skattebrotten i 2-10 §§ var för samma period 74 stycken.³¹⁰ Såsom åklagarmyndigheten i Linköping påpekar är låneförbudets straffsanktion till

³⁰⁴ Leijonhufvud, Trolöshet mot huvudman, straffansvar vid förtroendebrott, särskilt i aktiebolag, s. 194 f.

³⁰⁵ Jareborg & Friberg, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, s. 285 f. Enligt Leijonhufvud föreligger det brottskonkurrens mellan trolöshetsbrotten (10 kap.) och brotten mot borgenärer (11 kap.) trots att kapitlen har olika skyddssyften. Det gemensamma är att brotten kännetecknas av missbruk av egen maktsfär, se Leijonhufvud, Trolöshet mot huvudman, straffansvar vid förtroendebrott, särskilt i aktiebolag, s. 193.

³⁰⁶ Termen uppklarat innebär inte att någon har dömts för brottet utan innebär att brottet fått ett polisiärt klarläggande. Det finns två typer av uppkläring: Det första är brott som är personuppklarade, vilket innebär att en person bundits till brottet genom att åtal har väckts, strafföreläggande har utfärdats eller åtalsunderlåtelse har meddelats. Det andra är brott som är tekniskt uppklarade, vilket innebär att brott inte kan styrkas, den misstänkte inte är straffmyndig etc. Endast 7 % av de anmälda brotten mot låneförbudet är personuppklarade, resterande 21 % är tekniskt uppklarade.

³⁰⁷ Enligt Brå:s Kriminalstatistik 2012, rapport 2013:18, s. 101.

³⁰⁸ Brottsutvecklingen i Sverige fram till 2007, Rapport: 2008:23, s. 313.

³⁰⁹ Emellertid dömdes tre personer till böter respektive fem till villkorlig dom. Totalt lagfördes 19 personer och med lagföringsbeslut avses fällandedom eller beslut av åklagare exempelvis strafföreläggande eller åtalsunderlåtelse. Observera att statistiken omfattar alla brott mot ABL:s 30 kap, se Brå:s tabell 420, Lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd, år 2012. Enligt 2011 och 2010 års statistik utdömdes inte heller något fängelsestraff för brott mot ABL, se Brå:s tabell 420, Lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd, år 2011 samt 2010.

³¹⁰ Dessutom dömdes 124 personer till villkorlig dom och 16 personer till böter. Antalet lagförda för något av skattebrotten var 435 stycken, se Brå:s tabell 420, Lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd, år 2012.

synes överflödig, av statistiken framgår att åklagaren hellre åtalar för skattebrotten. De slutsatser som kan utläsas av statistiken är att få anmälningar för brott mot låneförbudet inkommer och ännu färre anmälningar leder till åtal. Dessutom utdöms i princip aldrig påföljden fängelse.

9.4.2 En avkriminalisering kan motiveras av åtskilliga skäl

Som ovan redovisats infördes en undantagslös straffsanktion med anledning av risken för skatteflykt. Lagstiftaren krävde hårda straff, i såväl ABL och SKBL, för de personer som försöker undandra staten dess berättigade medel. De fall SKBL *inte* kan tillämpas är när låntagaren har deklarerat det förbjudna lånet men i en sådan situation är fängelsepåföljden uppenbarligen obetydlig.³¹¹ ABL:s straffsanktion drabbar som sagt den som beslutat om lånet, inte mottagaren. Om beslutsfattaren och långgivaren är två olika personer är det endast beslutsfattaren som kan dömas till fängelse enligt ABL (och bli skadeståndsskyldig enligt 29 kap. ABL). Praxis på en sådan situation har inte gått att finna, utan i de fall fängelse dömts ut har det varit samma person som varit både beslutsfattare och låntagare. Att ABL och SKBL tar sikte på olika subjekt motiverar således inte heller straffsanktionens kvarvarande.

Skattelagstiftningen och ABL:s regelverk har tillkommit för att uppfylla samma funktion, förhindra skatteflykt. Det känns i dag svårt att motivera en fortsatt kriminalisering av låneförbudet med hänsyn till den rådande lagkonkurrensen. Därför kan det ifrågasättas om ABL:s straffsanktion över huvud taget fyller någon självständig funktion. Oavsett om låneförbudet först och främst utformades strikt med hänsyn till skatteskal, så har låneförbudet tillkommit som en konsekvens av ABL:s kapitalkonstruktion. Härav följer naturligtvis inte att förbudet måste straffbeläggas.³¹² Att låneförbudet alltid har varit straffsanktionerat föranleder inte heller att förbudet även fortsättningsvis måste vara kriminaliserat. Förmodligen är justitiedepartementets promemoria ett steg i rätt riktning för ett slopande av straffsanktionen och förhoppningsvis beaktar regeringen både promemorian och SOU 2009:34 vid det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Låneförbudets avkriminaliserande kan motiveras på flera sätt men vissa skäl är av särskild vikt och kan sammanfattas enligt följande: För det *första* räcker de civilrättsliga påföljder som aktualiseras vid ett förbjudet lån. I motsatt till vad regering tidigare anfört saknas det inte lämpliga sanktioner, kriminaliseringen är därför obefogad. För det *andra* är borgenärens skydd tillgodosett så länge bolagets bundna egna kapital är intakt. Med anledning härav borde förbudet sanktioneras i enlighet med de andra kapitalskyddsreglerna, något utökat skydd är omotiverat. För det *tredje* har skattelagstiftningen utvecklats, låntagaren beskattas för det lånade beloppet oavsett om beloppet återbetalats. Om låntagaren inte deklarerat lånet riskerar vederbörande skattelagstiftningens mycket

³¹¹ Jfr RH 2012:50.

³¹² Bergström & Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, s. 232.

hårdare straffsanktioner. Straffbestämmelsens införande motiverades med hänsyn till skatteflyktsargumentet men tack vare den nya skattelagstiftningen har grunden till låneförbudets straffbeläggning successivt fallit bort. De skattemässiga konsekvenserna av ett otillåtet penninglån är följaktligen tillräckligt sanktionerade utanför associationsrätten. För det *fjärde* leder denna lagkonkurrens mellan skattelagstiftningen och ABL till att straffbestämmelsen i 30 kap. 1 § första stycket 4 inte alls tillämpas. I förhållande till bestämmelserna IL och SKBL kan låneförbudets straffbestämmelse således uppfattas som överflödig. I det stora hela måste det anses onödigt att även i fortsättningen straffbelägga brott mot låneförbudet med tanke på de andra sanktionsformer som finns till buds både inom och utom ABL:s gränser.

9.4.3 Konsekvenserna av en avkriminalisering

Konsekvenserna av straffsanktionens upphörande lär inte bli förödande, regeln tillämpas ytterst sällan. Stor del av låneförbudets kritik hör samman med att bestämmelsen är just straffsanktionerad. Kritiken har ofta riktat sig mot förbudets tillämpning och omfattning, ordalydelsen ”lämna penninglån” och vad där innefattas, har stått i centrum för diskussionen. Begreppet har givits en mycket extensiv tolkning vilket anses stå i strid med legalitetsprincipens krav på restriktivitet. Resonemang om förbudets alltför extensiva tolkning blir vid en avkriminalisering obsolet. Om straffsanktionen upphävs blir således straffrättens legalitetsprincip betydelslös vid tolkning och tillämpning av låneförbudet. Uttrycket ”penninglån” erhåller till följd därav vidare tolkningsmöjligheter vilket innebär att inte bara vanlig försträckning omfattas utan även andra former av lån kan innefattas i ordalydelsen.³¹³ Rättstillämparen kommer således att ges ett större tolkningsutrymme, som denne visserligen redan begagnat sig av, men all kritik med hänvisning till legalitetsprincipen blir irrelevant. Enligt analogiförbudet bildar straffstadgandets ordalydelse den gräns som inte får överskridas av en tolkning som strävar efter att verkställa lagens ändamål. Om straffbestämmelsen utmönstras får bestämmelsens ändamål en större betydelse än dess ordalydelse, domstolen får således gå utöver lagregelns lydelse om så fordras.³¹⁴ Respekten för låneförbudet borde inte heller skadas om straffsanktionen upphävs med hänsyn till den strikta lagstiftning som återfinns i skattelagstiftningen. Däremot går möjligheten till skadeståndsanspråk enligt 2 kap. 2 § SKL förlorad om en avkriminalisering sker.³¹⁵ I stället kan ABL:s egna skadeståndsregler tillämpas. Vid en samlad bedömning tycks avkriminaliseringens fördelar överväga dess nackdelar.

³¹³ Jfr kapitel 3, avsnitt 3.4 och 3.5.

³¹⁴ Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 22 f. och Nerep, Aktiebolagsrättslig analys, Ett tvärsnitt av nyckelfrågor, s. 468.

³¹⁵ Kleineman, Påföljder, s. 708.

10 ÄR DET DAGS ATT SLOPA LÅNEFÖRBUDET?

Kapitlet undersöker förbudets framtid med utgångspunkt i den internationella utvecklingen. Är Sverige redo att upphäva alternativt revidera låneförbudet? Uppsatsen avslutas med de lege ferenda samt övriga slutsatser och reflektioner om reglernas öde i svensk lagstiftning.

10.1 Internationell utveckling

I flera EU-länder är det tillåtet att lämna penninglån till personer som tillhör den förbjudna kretsen. En del rättsordningar saknar till och med något som helst lagstadgat förbud mot penninglån till aktieägarna.³¹⁶ För att kunna besluta om det svenska låneförbudets framtid är de nordiska ländernas rättsutvecklingar särskilt beaktansvärda. Exempelvis har Norge inget generellt låneförbud, dock har vissa restriktioner för att förhindra missbruk och skydda bolagets egna kapital ställts upp. Bolaget får lämna penninglån så länge beloppet rymms inom den utdelningsbara vinsten och betryggande säkerhet ställs.³¹⁷ Även Finland saknar ett närstående förbud, emellertid kräver finsk lagstiftning att penninglånet skall uppges i verksamhetsberättelsen om beloppet överstiger 20 000 Euro eller utgör mer än 5 % av bolagets egna kapital.³¹⁸ Danmarks låneförbudsregler har alltid haft en helt strikt utformning i likhet med de svenska bestämmelserna. I det danska betänkandet, *Betänkning 1498/2008*, föreslogs dock lagstiftningslättnader både för närstående förbudet och för förvärvslåneförbudet.³¹⁹ De förändringar som föreslogs var bl.a. att lånebeloppet måste rymmas inom utdelningsbara medel och att ledningen är skyldiga att se till att lånet ges på marknadsmässiga villkor. De bakomliggande motiven var likt de som framhållits i svenska utredningar, att borgenärernas intresse är skyddat så länge det endast är bolagets fria medel som lånas ut. Ett striktare förbud än vad EG-rätten kräver och som inte heller kan motiveras ur ett borgenärsperspektiv, är därmed obefogat.³²⁰ Kommittén tog särskild hänsyn till den internationella utvecklingen. Danmark var ett av de få länder i EU som fortfarande tillämpade ett strikt låneförbud därför krävdes en modernisering av reglerna, såvitt inte övervägande materiella skäl talade emot förslaget.³²¹ Liberaliseringen som majoriteten av kommittén förespråkade antogs bara till viss del av

³¹⁶ Varken England eller Tyskland har förbudsbestämmelser som reglerar penninglån, se den tyska lagstiftningen AktG och GmbHG och CA för engelsklagstiftning. I CA section 197 återfinns dock regler som säger att lån till bolagets ledning s.k. directors, endast får lämnas om det beslutats av aktieägarna. Den engelska bestämmelsen bygger således på lojalitetsplikten och inte skattemässiga skyddsintressen.

³¹⁷ NABL § 8-7 och § 8-9.

³¹⁸ 8 kap. 6 § FABL. Förvärvslån regleras i FABL 13 kap. 10 §.

³¹⁹ Enligt rådets ändringsdirektiv 2006/68/EG måste inte medlemsländerna ha ett strikt förbud mot förvärvslån utan under vissa förutsättningar får lån beviljas. Ett förvärvslån kan bl.a. vara tillåtet om transaktionen sker på rättvisa marknadsvillkor, godkänns på bolagsstämman och det egna bundna kapitalet hålls intakt.

³²⁰ Betänkning 1498/2008, s. 485 ff. Kommittén var dock inte helt överens, en minoritet förespråkade en striktare utformning.

³²¹ Betänkning 1498/2008, s. 494.

folketinget. Låneförbudsregeln finns därför fortfarande kvar i DABL.³²² Däremot finns det möjlighet att lämna penninglån till den förbjudna kretsen under vissa omständigheter vilka regleras i DABL § 212.³²³ Ett annat europeiskt land som fortfarande tillämpar låneförbudet är Frankrike. Ett privat bolag i Frankrike får som huvudregel inte låna ut pengar till andelsägare eller bolagsledningen. Även vissa närstående till vederbörande omfattas av förbudet, dock gäller bestämmelsen bara för fysiska personer.³²⁴ För de publika bolagen är det emellertid tillåtet att lämna penninglån till bolagets aktieägare, i stället uppställs ett förbud att bevilja penninglån till bolagets fysiska styrelseledamöter och deras närstående.³²⁵

Utredningen visar att Sverige har bland de striktaste reglerna i Europa. Totalförbudet träffar både fysiska och juridiska personer och möjligheten till undantag genom dispensförfarandet är mycket svårt att erhålla. Låneförbudets strikta utformning har historisk främst förespråkats av de skandinaviska länderna men även här har till synes en förändring skett till följd av den internationella utvecklingen. Vid förbudets införande var målet att uppnå nordisk rättslikhet på det associationsrättsliga området, liknande reglering som den svenska fanns eller var under behandling både i Danmark, Norge och Finland.³²⁶ Till följd av de lagändringar som ägt rum i Norden sedan förbudets införande och att Sverige inte har anammat några utredningsförslag i liknande riktning, leder i dag till nordisk rättslikhet.³²⁷ Om Sverige väljer att inte anpassa sig till den internationella utvecklingen, både på ett nordiskt och EG-rättsligt plan, finns det risk att vi står ensamma kvar med ett strikt låneförbud. En konservativ inställning till förbudets kvarvarande kan få förödande konsekvenser för svenska bolag ur ett internationellt perspektiv. Risken är bl.a. att det uppstår konkurrensnackdelar för svenska bolag vilket i sin tur kan leda till att bolagen väljer utländska bolagskonstellationer framför de svenska. Ett slopande av förbudet leder troligtvis till förenklingar och större flexibilitet för bolagen men även transaktions- och rådgivningskostnader kan minskas avsevärt. Om Sverige vill förbli konkurrenskraftiga och inte hamna på efterkälken är det på tiden att en förändring sker.

³²² DABL § 210.

³²³ Schaumburg-Müller, Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, s. 831 ff. och 836 ff.

³²⁴ Code de commerce Article L223-21.

³²⁵ Code de commerce Article L225-43, till skillnad från Sverige kan Frankrike ha juridiska personer som styrelseledamöter, se Article L225-20.

³²⁶ SOU 1971:15, s. 106 ff. och s. 322 f., samt prop. 1973:93, s. 91.

³²⁷ Redan innan den nya ABL trädde i kraft förelåg stora skillnader i hur nordiska länder reglerade låneförbudet. En helt strikt tillämpning förespråkades av Sverige, Danmark och Island, medan Finland och Norge hade en friare lagstiftning. Se Lau Hansen, Nordic Company Law – the regulation of public companies in Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden, s. 215.

10.2 Sammanfattande tankar och de lege ferenda

Tills regeringens proposition publiceras kan bara spekulationer framhållas kring låneförbudets framtid. Nedan följer således mina egna åsikter och tankar kring förbudets vara eller icke vara baserat på resultatet av framställningen. Jag avser inte att komma med de ”rätta lösningarna” utan åsyftar att belysa olika alternativ på reformåtgärder och uppmärksamma eventuella brister i regleringen. Dessutom berörs skattemässiga frågor kring penninglån för enligt min uppfattning saknas det diskussion på området.

10.2.1 Hur bör lånereglerna utformas för att uppfylla sitt syfte?

Reglerna om förbjudna lån som egentligen är relativt moderna i förhållande till de andra kapitalskyddsreglerna har bemött motstånd sedan de infördes. För att i framtiden uppnå en ändamålsenlig lagstiftning måste låneförbudsreglernas bakomliggande syften fastställas. Framställningen har visat att de två främsta syften som finns bakom förbudet är det fiskala intresset och borgenärernas skyddsintresse. Även andra aktieägares behov av skydd och kampen mot ekonomisk brottslighet har uppmärksammats i sammanhanget. I det fortsatta reformarbetet är det viktigt att ha i åtanke vilken utgångspunkt de nya reglerna skall författas utifrån, vilka intressen som ska vara styrande. Nedan analyseras låneförbudets vara eller icke vara utifrån de syften som motiverade förbudet på 70-talet och de syften som kan motiverar förbudets kvarvarande i dag.

10.2.1.1 Låneförbudet ur ett skatterättsligt perspektiv

Syftet med det ursprungliga förslaget 1971, var att skydda bolagets bundna kapital men under lagstiftningsprocessen uppmärksammades risken för skatteflykt. Skatteargumentet föranledde att reglerna erhöi en strikt utformning och fängelse infördes som påföljd utan möjlighet till eftergift. Det är viktigt att ha i åtanke att vid låneförbudets införande förelåg en betydande skillnad mellan beskattning av lön i jämförelse med beskattning av vinst vid försäljning av aktier. Löneskatten var 2,5 gånger så hög som skatten på realisationsvinst, dessutom tillkom sociala kostnader vid löneuttag. Småföretagare valde därför att avstå från lön och i stället låna pengar från bolaget, en skuld som betalades tillbaka när bolaget väl såldes.³²⁸ Numera har dessa olikheter i beskattning i olika inkomstslag jämnats ut, fördelarna med att ”spara” lön i bolaget har således minskat. Incitamentet att låna pengar av sitt eget bolag är i dag betydligt mindre än vid låneförbudets införande, ett principiellt förbud mot bakgrund av det sagda torde därför numera vara omotiverat.

Även nödvändigheten av låneförbudets straffsanktion kan ur ett skatterättsligt perspektiv starkt ifrågasättas i och med att skattelagstiftningen innehåller kompletterande regler som införts med anledning av samma syfte. I dag är således skattelagstiftningen välutvecklad och påföljdssystemet är

³²⁸ Lindskog, Aktiebolagslagen, s. 153, se särskilt not 3.

mycket hårdare än påföljderna vid förbjudna lån. I förhållande till BrB och SKBL fyller troligtvis låneförbudet inte längre någon funktion i kampen mot ekonomisk brottslighet. Om låneförbudets vara eller icke vara bedöms ur ett skatterättsligt perspektiv kan lånereglerna slopas tack vare den omfattande skatteregleringen.

10.2.1.2 Låneförbudet ur ett borgenärs- och aktieägarperspektiv

Utifrån ett borgenärsperspektiv torde någon form av reglering av penninglån till närstående fordras, dock borde reglerna genomgå en revision så utformningen motsvarar ändamålet. Vad som tidigare framförts avseende låneförbudets utformning av 1971 års aktiebolagsutredning och senare även av de utredningar som tillsats under årens lopp, är lämpliga utgångspunkter vid utformningen av reglerna. Lånereglerna borde således utformas enligt gängse principer som används för de andra kapitalskyddsreglerna, att intresset av att skydda borgenärerna är styrande. Penninglån borde därmed vara tillåtet så länge beloppet ryms inom disponibla medel likt de andra värdeöverföringsreglerna. Ett totalförbud är ur ett borgenärsperspektiv både onödigt och obefogat. Bestämmelsens utformning som ett förbud borde tas bort i överensstämmelse med departementspromemorian och i stället formuleras regeln som att det är tillåtet att lämna penninglån om vissa rekvisit är uppfyllda. Att även använda sig av begreppet låneregler känns mer adekvat då det inte längre blir tal om ett förbud. Även systematiken med värdelösa fordringar kan vara användbar vid lån till närstående, för vid en sådan utformning träds inte borgenärernas skyddsintresse förnär i och med att lånet får samma status i räkenskaperna som en förtäckt värdeöverföring. Emellertid måste en övervägning göras om borgenärerna förtjänar det ”extra” skydd som uppstår vid användandet av systemet med värdelösa fordringar.³²⁹

Även aktieägarens vedertagna rätt, att själv avgöra vad ett eventuellt överskott skall användas till, måste vara styrande vid utformningen av aktiebolagsrättsliga regler. Så länge aktieägarna inte riskerar de bundna egna kapitalet borde det vara upp till ägarna att besluta om vederbörande vill ha vinstutdelning, låna pengar av bolaget, ge bort pengar osv. Val av dispositionsform borde således ingå i aktieägarnas bestämmanderätt. Konsekvenserna av de olika transaktionerna är de samma för bolaget, medel försvinner på något sätt (förutsatt att motfordran vid lån betraktas som värdelös i räkenskaperna), därför spelar det ingen roll för tredjeman vilket förfogandesätt aktieägarna föredrar.

Borgenärsintresset och aktieägarnas bestämmanderätt borde alltså vara styrande vid utformningen av lånereglerna men även minoritetsaktieägarna förtjänar erkännande. Hur beslut om penninglån skall fattas måste således regleras. Exempelvis kan liknande regler som 11 kap. 11 § ABL införas, att bolagsstämman kan bemyndiga styrelsen att fatta sådana beslut. Alternativt kan beslut om lån

³²⁹ Se resonemanget i kapitel 7, avsnitt 7.2.2.1. och 7.2.3.

regleras likt beslutsprocessen för vinstutdelning, att beslut tas av bolagsstämman (jfr med 18 kap. ABL.) Ett ytterligare alternativ kan vara att möjligheten att lämna lån till personer i närståendekretsen regleras i bolagsordningen t.ex. att bara en viss procent av utdelningsbara medel får lånas ut. Exempel på en annan lagteknisk lösning, som inte uppmärksammas i de senaste utredningsförslagen, är att penninglån återigen placeras med kapitalskyddsreglerna i 17 kap.³³⁰ I linje med samtliga aktiebolagsutredningars målsättning erhåller länreglerna vid en sådan utformning värdeöverföringarnas påföljdssystem och resterande paragrafer i 17 kap. blir tillämpbara. En lång krånglig paragraf som bara upprepar vad som sägs i 17 kap. 3 § (likt departementspromemorian) blir obehövlig. Så som även promemorian påpekar kan en rad bestämmelser i 21 kap. utmönstra vid en revidering av låneförbudet vilket ytterligare påvisar att de paragrafer som fortfarande fyller en funktion kan återförenas med de andra kapitalskyddsreglerna.³³¹

10.2.1.3 Sammanfattande kommentar

Den nuvarande ordningen är i mina ögon kontroversiell. Det är nämligen lindrigare att låna ut pengar till en betalningsoduglig gäldenär än till en betalningsduglig gäldenär som tillhör den förbjudna kretsen.³³² Låntagarens solvens avgör alltså om påföljden fängelse kan utdömas. Framställningen har visat att en avkriminalisering är välmotiverad i och med att länreglerna borde utformas i enlighet med de andra värdeöverföringsreglerna vars straffbeläggning upphävdes redan 1975. Samma motivering som föranledde upphävandet av straffansvar den gången kan i dag utgöra skäl för låneförbudets avkriminalisering. Ett lån till en creditsäker aktieägare straffas i så fall inte hårdare än en aktieägare som plundrar bolaget. Reglerna blir således mer koherenta om en avkriminalisering vidtas. Uppsatsen har visat att låneförbudets framtid framför allt borde avgöras utifrån ett borgenärs- och aktieägarperspektiv. Om så sker, är en reglering likt de tidigare utredningsförslagen motiverad.³³³ Förbudsregeln slopas och i stället blir det tillåtet att lämna lån till närstående såvida bolagets bundna kapital förblir intakt. Oavsett hur lagstiftaren väljer att utforma bestämmelserna borde penninglån sluta särbehandlas och författas utifrån de skyddsintressen som motiverar reglernas kvarvarande.

10.2.2 Framtida tolkningsproblem

En stor del av den rådande kritiken mot låneförbudet avser bestämmelsens alltför extensiv tolkning i praxis med hänsyn till legalitetsprincipen. Dessa kritiska argument kommer bli förlegade om

³³⁰ Fram till SOU 2001:1 var reglerna placerade i samma kapitel, se författningsförslaget i SOU 1997:168, s. 37 f.

³³¹ T.ex. kan 8-12 §§ upphävas. Även reglerna som berör förvärvslån kan revideras i och med att EG inte uppställer något krav på ett strikt förbud, se rådets ändringsdirektiv 2006/68/EG.

³³² Se resonemanget i kapitel 8, framför allt avsnitt 8.2 och 8.2.1 angående att ett lån till en aktieägare som är betalningsoduglig vid lånetillfället omfattas av 17 kap. i enlighet med Sueciapincipen. Lån till en betalningsduglig aktieägare omfattas däremot av 21 kap. vars straffskala innehåller fängelse.

³³³ Gemensamt för samtliga utredningsförslag (SOU 1971:15, SOU 1997:168, SOU 2001:1, SOU 2009:34 och promemorian) är att länreglerna bör ses som en del av lagens kapitalskyddsregler och utformas med hänsyn härtill.

straffbestämmelsen utmönstrar. En av orsaken till att förbudets lagtolkningsproblem ändå berörts så pass utförligt i uppsatsen beror på att de även i framtiden kommer finnas tolkningsproblem, oavsett om straffsanktionen upphävs. De tillämpningsfrågor som tidigare varit på tapeten är alltså fortfarande aktuella. Hur ska transaktioner med tilläggsköpeskilling behandlas? Var går gränsen mellan normala varukrediter och penninglån? Ska gäldenärs- och borgenärsbyte innefattas i begreppet penninglån? Exakt vilka personer ska ingå i den förbjudna kretsen? Vilka lån ska föranleda beskattning? Som vi ser kan listan på oklarheter göras lång. Utgångspunkter för det fortsatta lagstiftningsarbetet borde således även vara de lagtekniska brister och tillämpningssvårigheter som uppmärksammats i uppsatsen. Ännu en orsak till att lagtolkningsproblematiken berörts är att tolkningen av det civilrättsliga låneförbudet direkt påverkar tolkningen av ett förbjudet lån i skattelagstiftningen och vice versa. En del kritiker anser att låneförbudets applicering i skattemål har tolkats annorlunda än i allmän domstol, att rätten har använt sig av en skatterättslig genomsynsprincip vid bedömningen. Oavsett ger en avkriminalisering både de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolarna friare tolkningsmöjligheter. Om de skatterättsliga reglerna dessutom blir helt frikopplade från de civilrättsliga reglerna föreligger inte längre kravet på kongruens. Begreppet lämna penninglån som återfinns både i skattelagstiftningen och ABL, borde därför utformas så klart och precist som möjligt i det fortsatta reformarbetet. Om det associationsrättsliga låneförbudet slopas kommer troligtvis någon form av reglering för lån kvarstå, om så är fallet måste vad som avses med penninglån framgå uttryckligen i lagtext och förarbeten för att undanröja fortsatta lagtolkningsproblem.

10.2.3 Några skattemässiga aspekter och funderingar

Om lånereglerna utformas i enlighet med den senaste promemorian och reglerna blir mer jämställda med de andra värdeöverföringsreglerna borde skattesatsen för lån vara densamma som för en vinstutdelning. Som tidigare nämnts beskattas förbjudna lån för fysiska personer i inkomstslaget tjänst. De skattesatser som då används är ca 32-57 % beroende på hur hög lön personen uppburit samt hur stort penninglånet är. Om vederbörande i stället väljer utdelning för det tänkta lånebeloppet används andra skattesatser. Skattereglerna för utdelning i fåmansbolag³³⁴ omfattas av de omtalade 3:12 reglerna.³³⁵ Skattesatsen på utdelning är nämligen bara 20 % om beloppet rymms inom gränsbeloppet. Det finns två sätt att räkna ut gränsbeloppet, antingen använder man sig av årets schablonbelopp (150 150 kr för 2013) eller av huvudregeln som är beroende av ägarens löneuttag.³³⁶ Den metod som ger högst belopp väljer vederbörande.³³⁷ Uppsatsen ska inte ingående

³³⁴ Definitionen av fåmansbolag återfinns i 56 kap. 2 § IL.

³³⁵ 3:12 reglerna återfinns i dag i kapitel 56-57 IL, regeringen har dock föreslagit vissa justeringar i prop. 2013/14:1, s. 255 ff. Förslaget syftar till att ge förbättringar för mindre växande fåmansföretag. T.ex. innehåller propositionen förslag om att sänka det högsta löneuttagskravet för att få använda löneunderlagsregeln.

³³⁶För att se hur uträkningarna går till, se 57 kap. IL.

redovisa för de skattekonsekvenser lån respektive utdelning får utan mest belysa att beroende på lånebeloppets storlek och andra omständigheter kan vederbörande råka ut för betydligt högre skattesats. Ett enkelt exempel är om en person lånar 150 000 kr från sitt bolag. I bästa fall beskattas detta belopp med ca 32 % som inkomst av tjänst, såvida personen inte kommer upp till skiktgränsen för 2013 som är 413 200 kronor, för i så fall tas ytterligare 20 % ut för statlig inkomstskatt. Om samma person driver ett fåmansbolag och beslutar om utdelning med 150 000 kr så är beloppet under gränobeloppet vilket leder till en skattesats på enbart 20 %. De flesta aktieägare torde därför i framtiden hellre välja utdelning trots att de egentligen nöjer sig med ett tillfälligt lån.

Om låneförbudet i framtiden slopas och skatteeffekterna av lån regleras i skattelagstiftningen, vad finns det för motivation kvar för aktieägare att låna från sitt eget bolag? Om personen i fråga i stället upptar ett banklån slipper vederbörande betala skatt på lånebeloppet, i stället utges ränta som är avsevärt lägre. Vad finns det i realiteten för skäl att beskatta ett lån? En ensam aktieägare kanske har ett vilande aktiebolag med utdelningsbara medel. Borde inte ägaren i ett sådant fall kunna låna och vidareinvestera dessa pengar under tiden bolaget är vilande. Problemet tycks vara att om en person lånar från sitt eget bolag saknas motivationen att betala tillbaka beloppet i tid eller över huvud taget. Om det saknas en skattereglering kommer antagligen beloppen att stanna kvar hos ägarna (och således undgå beskattning) i stället för att beloppet återbetalas till bolaget som senare kommer att beskatta beloppet. Slutsatsen om skattereglering saknas blir att det allmänna undandras skatt. Till följd av denna risk, att låntagaren inte betalar tillbaka, förespråkar jag att lån beskattas enligt samma procentsatser som utdelning. För att skapa motivationen hos låntagaren, att välja lån i stället för utdelning, måste resultatet av ett lån "trumfa" vinstutdelning. Ett lån kan påstås vara bättre för bolaget i och med att de mottar en fordran på gäldenären samt ränta, därför borde inte systemet "tvinga" låntagaren att välja vinstutdelning. Enligt min mening borde det dessutom införas möjligheten till någon form av skatteåterbäring om lånet betalas tillbaka. En sådan reglering skulle kunna bidra till att lån från bolag blir av affärsmässig karaktär och återbetalas. I remissvaret till justitiedepartementets promemoria är FAR kritiska och anser att regeringen inte borde gå vidare med förslaget förrän ett gemensamt associationsrättsligt och skatterättsligt förslag remitteras. Angående låneförbudets skatterättsliga effekter hävdar FAR att det är orimligt att beskatta en person två gånger för samma medel. Först lånas medlen ut i enlighet med lag och beskattas enligt IL, därefter delas de återbetalda medlen ut som utdelning och då beskattas beloppet igen.

³³⁷ Om utdelning sker över gränobeloppet men upp till takbeloppet beskattas den delen som löneinkomst och då är det skattesatsen 32-57% som tillämpas beroende på tidigare löneuttag. Om utdelning sker även över takbeloppet (som är 100 IBB) beskattas detta som kapital med en skattesats på 30 %.

Konsekvensens blir således att en stor del av den summa som betalas tillbaka består av redan beskattad inkomst.³³⁸

Kommittén i det danska Betänkning 1498/2008 uppmärksammade vikten av att penninglån hanteras i skattelagstiftningen. Det danska skatteverket ansåg att en aktieägare eller bolagsledning inte ska kunna få bättre kreditvillkor av sitt eget bolag än om vederbörande vänder sig till en utomstående part. Om låneförbudet avskaffades föreslog därför skatteverket att lån som har givits på mer gynnsamma villkor än marknadsmässiga och om säkerhet saknas, ska beskattas som lön eller utdelning.³³⁹ Ett liknande tillvägagångssätt hade kunnat vara fullt möjligt även i Sverige för att motivera att lån ges på marknadsmässiga villkor. I stället för att bolagets ägare vänder sig till en utomstående för ett privatlån kan vederbörande i stället gynna sitt eget bolag genom att låneräntan tillfaller bolaget.

Tack vare början av en frikoppling mellan skattelagstiftningen och ABL torde det vara möjligt att avskaffa låneförbudet. Om så sker föreligger det en risk att skattelagstiftningens undantag i 15 kap. 3 § IL (som innebär att lån mellan aktiebolag inte beskattas) också upphävs. Orsaken är att undantaget tillkom med hänsyn till den strikta regleringen i ABL. Om lånereglerna försvinner kan det som regeringen påpekar i prop. 2009/10:12 krävas att lån till aktiebolag återigen omfattas av skatteregeln om avskaffandet leder till oönskade konsekvenser.³⁴⁰

10.3 Avslutande reflektioner om låneförbudets framtid

Lagstiftarens angelägenhet av ett låneförbud år 1973 har resulterat i att ABL i dag reglerar aktieägarnas skatteplanering. Risken för skatteflykt måste ur lagstiftarens perspektiv ha varit i högsta grad påtaglig med tanke på förbudets hastiga införande innan den stora aktiebolagsreformen 1975. Denna skyndsamhet kan ha gjort lagstiftaren obenägen att överväga mindre ingripande alternativ, den förmodade skatteflykten skulle stoppas och det illa kvickt. Ambitionen att förhindra skatteflykt, är i sig berättigad, det är lagstiftarens tillvägagångssätt för att uppfylla målsättningen som har bidragit till kritiken. Eventuellt gjorde lagstiftaren en felbedömning redan från början och införde en skatterättslig regel klädd i en aktiebolagsrättslig form. Låneförbudet borde redan från början ha införts på sin rättmätiga plats, i skattelagstiftningen där reglerna egentligen hör hemma. Om borgenärsintresset hade varit styrande vid förbudets utformning borde aktiebolagsutredningens ursprungliga förslag 1971, eller den efterföljande kommitténs utveckling av nämnda förslag, ha ansetts tillräckligt. Att låneförbudet infördes med hänsyn till borgenärsintresset tycks snarare varit en täckmantel, syftet var huvudsakligen fiskalt.

³³⁸ Ju 2009/3395/L1, FAR:s remissvar av promemorian, Ett slopat låneförbud, s. 2.

³³⁹ Betänkning 1498/2008, s. 491 ff.

³⁴⁰ Se kapitel 4, avsnitt 4.3.

En viktig aspekt i diskussionen kring låneförbudets vara eller icke vara är aktiekapitalets storlek. Den internationella utvecklingen och konkurrensen att erbjuda den mest förmånliga bolagslagstiftningen, samt i synnerhet strävan att främja företagande har bidragit till att Sverige har sänkt aktiekapitalet för privata bolag från 100 000 kr till 50 000 kr.³⁴¹ Det är inte omöjligt att det svenska aktiekapitalet utvecklas likt övriga länder i Europa, att aktiekapitalets betydelse successivt minskar. Aktiekapitalet utgör kärnan i borgenärsskyddet som de föreslagna lånereglerna i sin tur är bundna till. Förslagen är således helt beroende av aktiekapitalet och vad som klassas som fritt respektive bundet kapital. Om aktiekapitalet slopas i framtiden kan möjligtvis lånereglerna också upphöra då det blir upp till varje borgenär att själv tillförsäkra sin rätt genom borgensåtaganden eller liknande avtal. Resultatet av en sådan ordning blir att borgenärsskyddet inte längre består av det bundna kapitalet. Om varken skatteskäl eller borgenärsskyddsintresset kan motivera lånereglernas kvarvarande är det svårt att se varför reglerna över huvud taget skall finnas kvar. Visserligen kan aktiekapitalets avtagande betydelse leda till motsatt effekt, att ett strikt förbud som är oberoende av det bundna egna kapitalet alltjämt bli kvar i det svenska rättsystemet för att skydda både bolaget och borgenärerna.

I uppsatsen uppmärksammas betänkandet, Förenklingar i aktiebolagslagen m.m. (SOU 2009:34) och promemorian, Ett slopat låneförbud m.m., som båda eftersträvar en lindring av låneförbudet. Tyvärr är inte resonemangen helt övertygande utan det finns vissa aspekter och konsekvenser som måste ses över innan en förändring borde genomföras.³⁴² Utredningsförslagen är emellertid ett steg i rätt riktning. Till och med Ekobrottsmyndigheten som alltid förespråkade låneförbudets kvarvarande har efter den senaste promemorian ändrat ståndpunkt. Ekobrottsmyndigheten var senast negativ i sitt remissyttrande till SOU 2009:34.³⁴³ I det senaste remissvaret till promemorian har myndigheten inget att erinra mot förslaget och framhåller att de tidigare skälen för att behålla låneförbudet har med tiden försvagats i och med att låneförbudet har ansetts ha negativ inverkan på företagens möjlighet att använda olika kredit- och betalningsförfaranden. Förbudet tycks även ha påverkat den allmänna omsättningen av företag. Enligt deras uppfattning är det även ändamålsenligt och rimligt att eventuella skattekonsekvenser av ett slopat låneförbud regleras i skattelagstiftningen.³⁴⁴

³⁴¹ SOU 2008:48, s. 93 ff., och prop. 2009/10:61, s. 8 ff.

³⁴² Remissvaren till promemorian innehåller både ris och ros. Tydligt är i alla fall att flera remissinstanser finner förslaget inte tillräckligt genomarbetat, se bl.a. Ju 2009/3395/L1 Remissvar av Far till promemorian, Ett slopat låneförbud, s. 1 f. och Ju2009/3395/L1, Remissvar av Finansinspektionen, Yttrande avseende inbjudan att lämna synpunkter i fråga om slopat låneförbud m.m., s. 1 f.

³⁴³ Ekobrottsmyndigheten ansåg att det inte tillkommit något nytt som föranleder ett förändrat ställningstagande än det regeringen redovisade vid 2005 års reform. Låneförbudet fyller således fortfarande en viktig funktion i arbetet mot oseriös verksamhet, se Ju2009/3395/L1, Sammanställning av remissvar över betänkandet, Förenklingar i aktiebolagslagen m.m. (SOU 2009:34), s. 61 f.

³⁴⁴ Se remissvar, Yttrande över promemorian, Ett slopat låneförbud, EBM A-2012/0517, s. 1 f.

Lagstiftaren har konstant förespråkat en konservativ hållning till förbudet trots skarp kritik mot dess användning och utformning. För bara några år sedan kom statsmakten fram till att övervägande skäl talade för att behålla låneförbudet. Vad tyder på att Sverige är redo för en förändring i dag? Enligt min uppfattning är den viktigaste faktorn insikten att skatterätten borde frikopplas från aktiebolagsrätten. De skattemässiga effekter som kan uppstå om förbudsbestämmelsen slopas och lånereglerna utformas med hänsyn till mera renodlade borgenärsskyddsintressen, får helt enkelt regleras i skattelagstiftningen. Med all säkerhet kommer det därför införas oberoende skatteregler som syftar till att stävja missbruket med penninglån till den förbjudna kretsen. Sverige torde vara politiskt redo för en uppluckring av det strikta låneförbudet och kanske vågar lagstiftaren till och med gå längre än promemorians förslag.³⁴⁵ Utvecklingen de senaste åren talar för ett opinionsskifte hos regeringen och förmodligen kommer liknande slutsatser som redogjorts av Ekobrottsmyndigheten att redovisas i kommande departementsbehandling. De ”övervägande skäl” som tidigare motiverat förbudets kvarvarande känns i dag överspelade, vilket troligtvis regeringen också kommer att inse. Enligt regeringens tidsplan över kommande propositioner för år 2013, förväntades regeringen avlämnat en proposition om enklare aktiebolag i juni i år, men än går propositionen inte att ta del av.³⁴⁶ Propositionen är ett svar på departementspromemorian och SOU 2009:34 som bara delvis behandlats av lagstiftaren hittills.³⁴⁷ Ett helt slopande av låneförbudet kommer troligtvis inte att bli verklighet inom en snar framtid, men en modifiering likt de senaste förslagen som följer den europeiska utvecklingen, är i hög grad troligt. Förmodligen kommer lagstiftaren åtminstone att åtgärda sin tidigare ”miss” vid 1975 års reform, att låneförbudet också avkriminaliseras.

³⁴⁵ Se däremot Bävestam, Ny juridik 1:13, s. 43.

³⁴⁶ Enligt Planerade propositioner och skrivelser våren 2013, se regeringens hemsida, ”www.regeringen.se”.

³⁴⁷ Se prop. 2010/11:147 Enklare fusion av aktiebolag. Se även lagrådsremissen, Förenklingar i aktiebolagslagen (13/12-2013).

11 REFERENSER

Litteratur

Andersson, Jan, *Kapitalskyddet i aktiebolag, En lärobok*, 6 uppl., LitteraturCompagniet AB, Stockholm, 2010.

Andersson, Jan, *Om vinstutdelning från aktiebolag, en studie av aktiebolagsrättsliga skyddsregler*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1995.

Andersson, Sten, Johansson, Svante & Skog, Rolf, *Aktiebolagslagen – en kommentar. Del II*, 8 supplementet, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2013 [Cit. Aktiebolagslagen – en kommentar Del II].

Bergström, Clas & Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, 4 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012.

Båvestam, Urban, *Aktiebolagslagens låneförbud – är det dags att slopa en seglivad anomali?*, Ny Juridik 1:13, s. 7-43, Karnov Group, Stockholm, 2013.

Dotevall, Rolf, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2008.

Dotevall, Rolf, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör – En aktiebolagsrättslig studie i komparativ belysning*, Stockholm, 1989.

Grosskopf, Göran, *Vinstbolag: Aktiebolags- och skatterättsliga frågor*, 2 uppl., Snogeholms Utbildning AB, Malmö, 1989.

Hultman, Erik & Persson, Mika, *Några konsekvenser av föreslagen stopplagstiftning avseende beskattning av vissa penninglån*, SvSkT 2009:2, s. 173-180.

Jareborg, Nils, *Brotten, första häftet, grundbegrepp, brotten mot person*, P.A. Norstedt & söners Förlag, 1984.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 4-10.

Jareborg, Nils & Friberg, Sandra, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Svensk straffrätt III, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2010.

Kleineman, Jan, *Påföljder vid brott mot det s.k. aktiebolagsrättsliga låneförbudet – med särskilt beaktande av kreditgivansvaret*, JT 1997-98, s. 707-729 [Cit. Kleineman, Påföljder].

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur AB, Lund, 2013.

Rodhe, Knut & Skog, Rolf, *Rodhes aktiebolagsrätt*, 23 uppl., Stockholm, 2011 [Cit. Rodhes aktiebolagsrätt].

Lau Hansen, Jesper, *Nordic Company Law – the regulation of public companies in Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden*, Djøf publishing, Copenhagen, 2003.

Lehrberg, Bert, *Begreppet förtäckt värdeöverföring – Särskilt om rekvisetet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget?”*, SvJT 2012, s. 537-575.

Leijonhufvud, Madeleine, *Trolöshet mot huvudman, Straffansvar vid förtroendebrott, särskilt i aktiebolag*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.

Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2009.

Lindskog, Stefan, 1995. *Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. – Kapitalskydd och likvidation*, 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1995 [Cit. Lindskog, Aktiebolagslagen].

- Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättslig analys, Ett tvärsnitt av nyckelfrågor*, MercurIUS, Stockholm, 2003.
- Nerep, Erik, *Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet*, Juristförlaget, Stockholm, 1994 [Cit. Nerep, studier].
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005, s. 249-272.
- Persson Östman, Roger, *Förbudet penninglån - RR tolkar ABL i RÅ 2003 ref 60*, SN 2004, s. 57-59.
- Posselius, Elisabet, Grosskopf, Göran, Gometz, Ulf & Huldén, Lennart, *Skyddet för aktiebolagets egna kapital*, 4 reviderade uppl., Printgraf, Stockholm 2000 (Ernst & Youngs skriftserie nr 43/00).
- Samuelsson, Lars, *Lån från utländska bolag – utvidgade skatteregler och pågående processer*, SN 2010 nr 1 s. 3-15.
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Ämne, material, metod och argumentation*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007.
- Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, TFR 2005, s. 648-656.
- Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt*, 4 uppl., författaren och Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012.
- Schaumburg-Müller, Peer & Werlauff, Erik, *Selskabsloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010.
- Sten, Lenart, *Något om låneförbudet i aktiebolagslagen – begreppet penninglån och 12 kap. 7 § tredje stycket aktiebolagslagen*, JT 1993-94, s. 933-945 [Cit. Sten, Låneförbudet].
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning, En lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 1996.
- Svernlöv, Carl, *Omstruktureringar: några associationsrättsliga problem och deras lösningar*, SvSKT nr 4/2013, s. 350-360.
- Zacklén, Mats, *Om skyddet för aktiebolagets borgenärer*, SvJT 1994, s.136-178.

Offentligt tryck

Departementspromemorior

Ds Ju 2009/3395/L1 Ett slopat låneförbud m.m.

Betänkanden

Sverige

SOU 1971:15 Förslag till aktiebolag m.m.

SOU 1997:168 Vinstutdelning i aktiebolag

SOU 2001:1 Ny aktiebolagslag

SOU 2008:48 Aktiekapital i privata aktiebolag

SOU 2009:34 Förenklingar i aktiebolagslagen m. m.

SOU 2013:62 Förbudet mot dubbla förfaranden – och andra rättssäkerhetsfrågor i skatteförfarandet

Danmark

Betänkning 1498/2008 Modernisering af selskabsretten.

Propositioner

Proposition 1973:93	Förslag till lag om konvertibla skuldebrev m.m.
Proposition 1975:103	Förslag till ny aktiebolagslag, m.m.
Proposition 1975/76:79	Om ändrade regler för beskattning av fåmansföretag m.m.
Proposition 1989/90:110	Om reformerad inkomst- och företagsbeskattning
Proposition 1993/94:196	Ändringar i aktiebolagslagen (1975:1385) m.m.
Proposition 2004/05:85	Ny aktiebolagslag
Proposition 2009/10:61	En sänkning av kapitalkravet för privata aktiebolag
Proposition 2009/10:12	Ändrade regler om beskattning av vissa penninglån och slopande av avdragsrätten för ränta på sådana lån
Proposition 2010/11:147	Enklare fusion av aktiebolag
Proposition 2013/14:1	Budgetpropositionen för 2014

Offentliga rapporter

Ju2001/220/L1	Remissammanställning Ny aktiebolagslag (SOU 2001:1)
Ju2009/3395/L1	Sammanställning av remissvar över betänkandet Förenklingar i aktiebolagslagen m.m. (SOU 2009:34)
Ju 2009/3395/L1	Yttrande över promemorian Ett slopat låneförbud (EBM A-2012/0517), Ekobrottsmyndigheten, Stockholm, 2012.
Ju 2009/3395/L1	Remissvar av promemorian Ett slopat låneförbud, FAR, Stockholm, 2012.
Ju2009/3395/L1	Yttrande avseende inbjudan att lämna synpunkter i fråga om slopat låneförbud m.m., Finansinspektionen, Stockholm, 2012.

En ny reglering för beskattning av lån, Förslag till lag om ändringar i inkomstskattelagen (1999:1229), (Dnr FI 2010/5475).

Lagerbolag och ekonomisk brottslighet, rapport 2003:3, Ekobrottsmyndigheten, Stockholm, 2003.

Lagrådsremiss, Förenklingar i aktiebolagslagen, 13/12-2013.

Databaser

Nerep, Erik & Samuelsson, Per, Aktiebolagslagen – En djup kommentar, Uppdatering 2013:1, Karnov Group, tillgänglig genom ”www.juridik.karnovgroup.se”.

Rättsfall

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1951 s. 6 I

NJA 1966 s. 475

NJA 1976 s. 618

NJA 1979 s. 157

NJA 1980 s. 311
NJA 1986 s. 56
NJA 1990 s. 343
NJA 1992 s. 717
NJA 1997 s. 418
NJA 1999 s. 426
NJA 2010 s. 168 I, II
NJA 2011 s. 444

Opublicerade rättsfall

HD:s dom 2013-06-11 i mål nr B 4946-12

Regeringsrättens årsbok

RÅ 1981 1:1
RÅ 1984 1:90
RÅ 1998 ref. 9
RÅ 2003 ref. 60
RÅ 2004 ref. 114
RÅ 2004 ref. 115
RÅ 2004 ref. 116

Rättsfallsreferat från Regeringsrätten

RR 1977 1:45

Rättsfall från hovrätterna

RH 2007:2
RH 2012:50

Övrig rättspraxis

Hovrätts dom 11:DT 21, T 1104/89 (1990-05-18).
Justitiedepartementet Regeringsbeslut 93-2538, 1993-12-16

Rättsfall från EG-domstolen

Mål C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson

Övrigt

Planerade propositioner och skrivelser våren 2013, ”www.regeringen.se”.

Brottsutvecklingen i Sverige fram till 2007, Rapport: 2008:23, Brottsförebyggande rådet, Stockholm, 2008, tillgänglig genom ”www.bra.se”.

Kriminalstatistik 2012, rapport 2013:18, Brottsförebyggande rådet, Stockholm, 2013, tillgänglig genom ”www.bra.se”.

Lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd, år 2012, Tabell 420, Brottsförebyggande rådet, Stockholm, tillgänglig genom ”www.bra.se”.

Lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd, år 2011, Tabell 420, Brottsförebyggande rådet, Stockholm, tillgänglig genom ”www.bra.se”.

Lagföringsbeslut efter huvudbrott och huvudpåföljd, år 2010, Tabell 420, Brottsförebyggande rådet, Stockholm, tillgänglig genom ”www.bra.se”.

Mailkorrespondens med Jan Andersson professor vid Stockholms universitet, 26-27 november 2013, Bilaga 1.

Mailkorrespondens med Erik Nerep professor vid Handelshögskolan i Stockholm, 2-3 december 2013, Bilaga 1.

Bilaga 1

Nedan följer relevanta utdrag av mailkorrespondensen med professor Jan Andersson och professor Erik Nerep.

Mailkorrespondens Jan Andersson 26-27 november 2013

Jag:

I förarbetena till ABL hittar jag ingen diskussion om varför bristtäckningsansvar inte finns vid förbjudna lån. I Prop. 2004/05:85, s. 434 säger bara regeringen att något bristtäckningsansvar inte behövs och att frågan inte berördes i aktiebolagskommitténs utredning. Hur kommer det sig att det saknas ett bristtäckningsansvar för förbjudna lån?

Jag tycker frågan om bristtäckningsansvar blir än mer intressant med tanke på det förslag justitiedepartementet (promemorian Ett slopat låneförbud m.m.) lagt fram om att införa ett godtrosskydd för mottagaren av lånet. Vid en sådan reglering tycks risken för att en brist uppkommer ännu större. Jag har dessvärre inte hittat något om diskussionen i andra förarbeten eller doktrin. Har du någon åsikt i frågan eller kommentar på promemorians förslag?

Andersson:

”[...]En senare inträffad insolvens, dvs. efter tidpunkten då lånet lämnades, innefattar inte värdeöverföring enligt Sueciaprincipen. Då kan ev. skadestandsreglerna i 29 kap ABL tillämpas och blir ett substitut för ev. bristtäckning, men blott om vårdslös kreditgivning. Överträdelse av låneförbudet torde inte i och för sig räcka för skadestandsansvar för andra medverkande, men kan diskuteras.

Med 2005 års ABL infördes ogiltighet på lämnat lån. Frågan om bristtäckningsansvar var aldrig, såvitt jag vet aktuell. Hur som helst så gäller ju alltså omedelbar återbetalningsskyldighet och ev. skadestandsansvar enligt ovan.

Härav har man historiskt aldrig funderat i termer av bristtäckningsansvar. Jag tycker väl kanske det vore "overkill" på förbjudna lån. Men har du några bra argument för det? [...]”

Jag:

Mina funderingar kring bristtäckningsansvar har uppstått tack vare aktiebolagsutredningen och även senare utredningars åsikter om att lånereglerna bör ses som en del av kapitalskyddsreglerna och utformas med hänsyn härtill. Därför har jag närmare undersökt likheter och skillnader mellan värdeöverföringar och förbjudna lån. I de olika utredningarna har om vartannat ett subjektivt rekvisit föreslagits vid förbjudna lån, det tycks således ha förekommit en osäkerhet hur återbetalningsskyldigheten borde regleras.

Andersson:

”Vid ett absolut låneförbud som idag skulle ett subjektivt rekvisit ta sikte på ett betydande mått av rättsvillfarelse. Det är normalt inte skyddsvärt. Motsatsvis om 17:3 är gränsen som i förslaget, då likheten med 17:6 blir mera påtaglig. Härav godtrosskydd. Situationerna skiljer sig åt.”

Jag:

Även Nereps uttalande om att det finns ett tredje implicit låneförbud i 17 kap. har bidragit till mina funderingar kring varför ett bristtäckningsansvar skall kunna göras gällande i vissa fall.

Andersson:

”[...]Implicit är det bara såtillvida om mottagaren inte är betalningsduktig längre vid tidpunkten då det lämnas. Men då är det värdeöverföring, inte långrepenninglån . Jfr. nedan.”

Jag:

Om en person upptar ett lån från bolaget och vid lånetillfället är helt betalningsoduglig likställs som sagt transaktionen med en förtäckt värdeöverföring. Transaktionen är laglig så länge 17 kap. 3 § är uppfylld och ingen annan minoritetskyddsregel träts förnär. Om låntagaren tillhör den förbjudna kretsen aktualiseras dock reglerna om förbjudna lån i 21 kap. ABL, (oavsett om lånet räknas som en laglig värdeöverföring) och som du säger, en omedelbar återbetalningsskyldighet uppstår. Risken finns ju att låntagaren är insolvent eller onåbar, i så fall sker ingen återbetalning.

Andersson:

”Har du funderat på om denna, allmänt accepterad syn, på penninglån versus värdeöverföring egentligen är fullt ut riktig. Om penninglån lämnas till icke betalningsduktig ää så är det värdeöverföring. Nog så sant. Men rättsligt sett kan det knappast då vara penninglån längre, eller? En rättshandling kan m a o inte vara två olika rättshandlingar samtidigt, eller?”

Jag:

Absolut, jag tycker bara det är komplext att en transaktion i vissa fall både kan omfattas av 17 kap. alt. 21 kap. Anser du att om rekviriten är uppfyllda för ett förbjudet lån men ää dessutom var betalningsoduglig vid lånetillfället resulterar i att reglerna om olovlig värdeöverföring istället ska tillämpas?

Andersson:

”Inte enligt en etablerad uppfattning såvitt jag kan bedöma, men egentligen är det logiskt, eller? Lån kan ju inte vara värdeöverföring också eller vice versa?”

Jag:

Enligt departementsförslaget blir de nya länreglerna väldigt snarlika värdeöverföringsreglerna. Ett lån blir tillåtet till närstående så länge bolagets bundna kapital är intakt och denna uträkning skall göras enligt 17:3 med vissa justeringar t.ex. skall lånefordran betraktas som värdelös i räkenskaperna. Även försiktighets regeln i 17:3 föreslås införas i länreglerna och att en avkriminalisering sker. Enligt min mening blir reglerna således slående lika värdeöverföringsreglerna och därför borde samma påföljdssystem införas.

Andersson:

”[...]Jag anser inte att systematisk likhet är ett skäl för bristtäckningsansvar vid otillåtna lån. Tvärt- om - funktionllt lämnar bolaget ifrån sig egendom vid värdeöverföringar, men så är inte fallet vid lån, då ju lånet skall återbetalas. Häri ligger en väsentlig skillnad.”

Jag:

Men efter 2005 års reform skulle väl bristtäckningsansvar hypotetiskt och tekniskt vara möjligt?

Andersson:

”Tekniskt sett ja - men återigen lån och utdelning är ganska olika.”

Mailkorrespondens Erik Nerep 2-3 december 2013

Jag:

En transaktion till en närstående som är belt betalningsoduglig vid lånetillfället kan omfattas av både 17 kap. och 21 kap. Om båda kapitlens rekvisit är uppfyllda vilket lagrum tillämpas? Är det så att om ett förbjudet lån föreligger enligt 21 kap. men ää dessutom var betalningsoduglig vid lånetillfället resulterar i att reglerna om olovlig värdeöverföring istället kommer att tillämpas?

Nerep:

”Båda regelsystemen kan bli tillämpliga på den typ av närståendelån du talar om. Om gäldenären saknar betalningsförmåga i låneögonblicket, är lånet att se som en värdeöverföring. Om borgenären dessutom saknar täckning för det bundna kapitalet efter värdeöverföringen (eller försiktighetsprincipen utlöses), är denna olaglig enligt ABL 17:3. ABL 21:1 eller ABL 21:5 kan bli tillämpliga oavsett om lånet är en värdeöverföring eller inte, och oavsett om lånet dessutom är en olaglig värdeöverföring. Det ena regelsystemet utesluter inte det andra. Om lånet däremot är en olaglig värdeöverföring, blir regelsystemet i ABL 17:6-7 tillämpligt, vilket gör det onödigt att tillämpa ABL 21:11. Dock kan undantagsvis ABL 21:1 få företräde, om t.ex. gäldenären påstår god tro (däremot spelar detta ingen roll vid lämnandet av säkerheter). Det hindrar inte att de allmänna skadeståndsprinciperna vid brottslig gärning ändå blir tillämpliga, liksom straffbestämmelserna i ABL 30:1.”

Jag:

Enligt det senaste förslaget som justitiedepartementet lagt fram i promemorian ”Ett slopat låneförbud m.m.” föreslås ett godtrosskydd i 21:11. Om en transaktion bara omfattas av 21 kap. och mottagaren är i godtro saknas ju bristtäckningsansvar likt 17:7. Istället blir skadestånd ett substitut. Däremot tycks det vara svårt att bevisa skada, det verkar krävas en vårdslös kreditgivning för ansvar. (Det verkar inte heller finnas någon praxis på området som berört skadeståndsansvaret.)

Tycker du att det är för strängt att ha ett bristtäckningsansvar vid lån till närstående också? I prop. 2004/05:85, s. 434 sägs bara att ett bristtäckningsansvar inte behövs och frågan diskuterades inte ytterligare av kommittén. Anledningen till att jag undrar är att alla utredningar återkommande påpekar att lånereglerna både systematiskt och sakligt hör hemma bland de andra kapitalskyddsreglerna och därför borde utformas enligt samma principer som dessa. Om nu reglerna görs om enligt förslaget försvinner den omedelbara återbetalningsskyldigheten och straffsanktionen, lånereglerna blir mer lika värdeöverföringsreglerna. Anser du att möjligheten till skadestånd isf är tillräcklig som påföljd?

Nerep:

”Om lånet inte utgör en olaglig värdeöverföring, borde ett bristtäckningsansvar enligt principerna i ABL 17:7 inte aktualiseras. I det motsatta fallet blir dessa principer givetvis tillämpliga, eftersom regelsystemet i ABL 17 kap. skall tillämpas. För det fall straffsanktionerna avskaffas, kvarstår endast skadeståndsbestämmelserna i ABL 29 kap. Precis som du skriver, kan det bli svårt att visa oaktsamhet vid utkrävande av internt ansvar enligt ABL 29:1, första stycket, första meningen, och överträdelse av ABL, ÅRL eller bolagsordningen enligt samma stadgandes andra mening (externt ansvar). Till detta kommer att mer än 95 % av alla aktiebolag är privata en- eller fåmansbolag, där ansvar sällan utkrävs av uppenbara skäl (ägaren eller ägarna sitter själva i styrelsen). Det är också viktigt att skilja mellan borgenärsskydds- och aktieägarskyddsaspekter. För borgenärerna får skyddssystemet i ABL 17, 21 och 29 kap. anses vara tillräckligt. När det föreligger majoritets- och minoritetskonflikter i ett bolag, kan dock generalklausulen i ABL 7:47 och 8:41 bli tillämplig, liksom likhetsprincipen i ABL 4:1, vid utlåning som gynnar en aktieägare framför andra. Även här är dock rättspraxis i princip obefintlig.”

Registrering på kursen examensarbete, höstterminen 2013, kursstart 28/8.