Litteratur

ERIK NEREP, Aktiebolagsrättslig analys, Ett tvärsnitt av nyckelfrågor, 2003, 582 s. — En kritisk recension

1.Inledning

I slutet av 1994 kom Erik Nerep ut med ett betydande bidrag till den aktiebolagsrättsliga doktrinen, nämligen Aktiebolagsrättsliga studier — särskilt om kapitalskyddet. Boken recenserades av mig i SvJT 1995 s.688 ff. och mitt omdöme var otvivelaktigt positivt. Bland praktiskt verksamma jurister torde studien också brukas i det dagliga arbetet jämte de andre standardverken på området, om och när problemställningen kräver lite mera eftertanke.

Hösten 2003 utkom Erik Nerep med ytterligare ett till omfånget betydande bidrag till den aktiebolagsrättsliga litteraturen: Aktiebolagsrättslig analys, Ett tvärsnitt av nyckelfrågor. Denna gång omfattar studien ett flertal olika ämnesområden inom aktiebolagsrätten som behandlas i kortare eller längre uppsatsformat. Bakgrunden till verket sägs i förordet vara att Nerep ursprungligen hade för avsikt att skriva en kommentar till aktiebolagslagen. Sedermera väcktes dock idén, att göra ett urval av problemområden, nedslag i sådana delar av aktiebolagsrätten som Nerep uppfattade som särskilt komplexa och problematiska, avsnitt som erfordrar en djupare analys än vad en sedvanlig kommentar medger. Urvalet uppges grundat på Nereps ”praktiska erfarenheter men också självfallet teoretiska insikter”. Analysmetoden utgår ifrån den traditionellt rättsdogmatiska.

Nerep tillfogar emellertid en reservation såtillvida att med urvalet, metoden och analysen följer vissa risker, nämligen att många slutsatser är resultatet av mer eller mindre kvalificerade gissningar. Hypoteser varvas stundom med uttalanden om ett oklart rättsläge. Trots det är det Nereps förhoppning att analysen är logiskt sammanhängande, att slutsatserna ryms inom premisserna och att argumenteringen ligger inom rimlighetens gränser.

Erik Nereps studie är indelad i nio kapitel, som i princip svarar mot nio olika aktiebolagsrättsliga ämnen. Ämnesområden som berörs är följande: ansvarsgenombrott (kapitel 1), koncerndefinitionen (kapitel 2), den aktiebolagsrättsliga tillskottsplikten, särskilt vid apportemission, och om den s.k. uppskjutna apporten (kapitel 3), förvärv och överlåtelse av aktiebolags egna aktier (kapital 4), jävsregler (kapitel 5), likhetsgrundsatsen och generalklausulerna (kapitel 6), klander av bolagsstämmobeslut (kapitel 7), om vinstutdelning (kapitel 8) och tvångslikvidation på grund av aktiebolags kapitalbrist (kapitel 9) jämte litteraturlista om tio sidor.

Mot bakgrund av att Erik Nereps tidigare monografi i ämnet var av god kvalité, och att Erik Nerep själv sätter ribban relativt högt för sin senaste studie, nämligen att fråga skall vara om en djupare analys på komplexa och problematiska delar av aktiebolagsrätten, och att nio år förflutit sedan hans förra monografi med den ytterligare kunskap och erfarenhet som följer med tiden, vilket också framhålls av honom själv (jfr ovan), bör det enligt mitt förmenande ställas

höga krav på Nereps senaste verk i vad avser akademisk nivå. Den kritiska frågan blir därmed: Lever Aktiebolagsrättslig analys upp till detta krav?

2.Om rättsdogmatisk metod och rättskälleanvändning

Erik Nerep anger att hans analysmetod är den traditionellt rättsdogmatiska. Vad det egentligen innebär har det tvistats om i det förflutna och kommer sannolikt att göra så i framtiden också. Det kan och kommer att diskuteras huruvida den ena eller andra varianten av en ”traditionell rättsdogmatisk” metod är den mest använda eller den bästa. Vissa vill dessutom låta påskina att det bara finns en rättsdogmatisk metod. Frågeställningen om metod hänger nära samman med arbetsmetod, vilket i sin tur är mindre meningsfullt att diskutera om inte metodfrågan ställs mot en viss forskningsuppgift. Forskningsuppgiften styr metodvalet och metodvalet styr forskningsuppgiften i en interaktion med varandra.

Hur det än ligger till med metod och arbetsmetod torde ett grundläggande kännetecken i det som tillhör det traditionella juridiska hantverket vara att det förutsätter en grundlig och gedigen genomgång av allt det som skrivits på området. Inom ramen för i vart fall juridiska monografier och därmed jämställt torde detta innebära att författaren skall ha läst in sig på området, att detta dokumenteras och att alternativa och/eller (i förhållande till författaren) motstående uppfattningar i förekommande fall omnämns, åtminstone i en fotnot. Särskilt det senare är viktigt för såväl författaren själv som för läsaren, i synnerhet om motsatta ståndpunkter är rättspolitiskt motiverade eller styrkta på annat vis.

I dagsläget med den ymniga skörden av juridisk litteratur både nationellt och internationellt kan man möjligen tumma lite på kraven — men nyssnämnda standard är fortfarande normen och avvikelser från den bör motiveras. Förutsatt att ramen för undersökningen är vad jag här betecknar som traditionellt juridiskt hantverk är således själva referensramen en kvalitetsgaranti. Utan denna kan man lika gärna skriva om gällande rätt i form av mer eller mindre sofistikerade gissningar med de konsekvenser för förutsägbarheten det medför. En helt annan sak är att nämnda kvalitetskrav naturligtvis inte hindrar en djupgående analys av problemställningar som tidigare inte varit omdiskuterade i (eventuellt nationell) juridisk doktrin — tvärtom. Djupgående analyser av problemställningar som tidigare inte varit omdiskuterade är väl det som också normalt är det mest intressanta att skriva om i traditionell juridisk forskning. Nyhetsvärdet ligger ju från forskningssynpunkt högt.

Erik Nereps verk Aktiebolagsrättslig analys tillhör, såvitt jag kan bedöma, inte generellt den sistnämnda kategorin av undersökningar på obruten mark utan är skriven inom ett område där i vart och ett av de nio kapitel boken består av mycket redan har skrivits. Ett kvalitetsmått som Nereps bok skall kunna klara är därför just en tillförlitlig källanvändning. Men gör den det?

3.Aktiebolagsrättslig analys och rättskällorna

I Erik Nereps litteraturlista om tio sidor återfinns efter vad jag kunnat finna tio arbeten efter 1995. Av dessa tio hänför sig tre arbeten till ämnen som närmast gränsar till aktiebolagsrätten och tre arbeten i aktiebolagsrätt (varav en dansk), men där Nerep använder sig av en

äldre upplaga än den som fanns i tryck sommaren 2003. Som läsaren mer än väl känner till har det naturligtvis utkommit betydligt mera i aktiebolagsrätt efter 1995 än vad nämnda litteraturlistan ger sken av, inte minst i form av artiklar och uppsatser men också i bokform. Men enligt Nereps litteraturlista skulle det vara fyra plus tre i av Nerep begagnad äldre upplaga av relevans för Aktiebolagsrättsliga studier.

Om enkom litteraturlistan återspeglade Erik Nereps användning av rättskällor skulle man kunna ifrågasätta det juridiska hantverket åtminstone initialt. Ofrånkomligen borde andra undersökningar som publicerats i aktiebolagsrätt haft något att tillföra Nereps undersökning. Och har dessa utelämnats för att de inte anses tillföra något borde rimligen detta framgå av undersökningen. Någon anvisning härom finns emellertid inte. Fråga är närmast om en halvdan litteraturförteckning från aktualitets- och fullständighetssynpunkt.

De arbeten som finns återgivna i litteraturlistan återspeglar dock inte till fullo de aktiebolagsrättliga undersökningar efter 1995 som begagnats av Erik Nerep. Nereps litteraturlista är sålunda ofullständig.[1] Bland sådana arbeten som återfinns i den löpande texten kan nämnas af Sandeberg, Prospektansvaret och André, Marknadsföringsansvar samt Löfgren och Kornfeld, Personligt ansvar, 3 uppl.

Återigen är emellertid källanvändningen diskutabel. Bland mera generella aktiebolagsrättsliga arbeten som — såvitt jag har kunnat finna — det genomgående saknas hänvisningar till kan nämnas bl.a. lagkommentaren till ABL från 1995 (Kedner-Roos-Skog) ävensom den nu brukade lagkommentaren i lösbladssystem (Andersson-Johansson-Skog). Vidare begagnas en äldre upplaga av Johanssons (Nials) Svensk associationsrätt (7 uppl. 1998, senast 8 uppl. 2001) och av Rodhes Aktiebolagsrätt (19 uppl. 2000, senast 20 uppl. 2002).

I gränslandet mellan allmänna framställningar och speciella sådana finns det några stycken. En sådan är min lärobok/handbok om kapitalskyddet i aktiebolag (4 uppl. 2002). Varken denna eller något annat som jag har skrivit efter min avhandling (vilken dock brukas av Nerep) från 1995 omnämns i undersökningen. Detsamma gäller för övrigt vad som i aktiebolagsrättsliga frågor generellt skrivits av Rolf Skog i olika sammanhang. Rolf Dotevalls avhandling från 1989 återfinns i litteraturlistan, men däremot inte hans bok på samma tema från 1999. Inte heller Carls Svernlövs licentiatavhandling om styrelsesuppleanter omnämns i litteraturlistan, men väl i löpande texten (s.245, till synes då 1 uppl. 1998 och inte 2 uppl. 2002).

Bland speciella framställningar som utelämnas av Nerep och enligt mitt förmenande är av relevans för framställningen — förutom de redan nämnda — kan illustrationsvis bl.a. följande nämnas beträffande de tre första kapitlen (inom parentes relevant kapitel eller sida i Nereps studie): Ramberg J, Ansvarsgenombrott i nordisk och amerikansk rätt, Marius nr. 195 s. 153 ff. (1993) (kapitel 1, s.13 ff.), Ramberg G, Bolagsrättslig striptease, Om gäldansvaret i kommissionärsbolag och liknande bolagskonstruktioner, Festskrift till Gotthard Calissendorf, 1990 jämte annan nordisk praxis och doktrin (kapitel 1, s.13 ff.), Rutberg A & Skog R,

[1]Vidare har t.ex. Håkan Nial i litteraturlistan felaktigt angetts som författare till uppsatsen Om nullitet och kompetensogiltighet i Festskrift till Anders Agell 1994. Rätt författare är Axel Adlercreutz.

Det nya koncernbegreppet, SvSKT 6–7/1997 s.571 ff. (kapitel 2, s.35 ff.), Giertsen J, Telia-Telenor, Spennende jus og forrettningsmessig haveri, NTS 1999:4 s.43 ff. (jfr kapitel 2, s.59 f.), Svernlöv C, Uppskjuten apport — om 2:9a aktiebolagslagen, JT 2001–02 s.356 ff. (kapitel 3, s. 118 ff.).[2]

Inte ens de verk som åberopas i litteraturlistan av Erik Nerep till och med 1995 är alltid i senaste upplaga. Här kan nämnas bl.a. Lindskog S, Preskription, 2 uppl. 2002, Lennander, G, Återvinning i konkurs, 2 uppl. 1994, och Walin, G, Borgen och tredjemanspant, 3 uppl. 2002.

I fråga om utomnordisk rätt återfinns fyra verk i litteraturlistan. Två av dessa utgörs av en kommentar till den tyska AktG, nämligen ”Barts” (skall vara Barz) m.fl. Grosskommentar från 1961 respektive 1973. Som läsaren kan ana har det utkommit ett flertal olika lagkommentarer sedan 1971, minst sex i varierande storlek (senaste större verk synes vara Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, flera band, 2 uppl. 2000 ff.). Till råga på allt har jag inte kunna finna att de två nu nämnda verken begagnats i de löpande hänvisningarna någonstans i Aktiebolagsrättslig analys. Huruvida så också är fallet med de andra två verken har jag inte kontrollerat.

Inom ramen för EU har de sista två–tre åren åtskilligt börjat hända ifråga om det aktiebolagsrättsliga harmoniseringsarbetet, främst den s.k. High Level Gruppens rapport (Wintergruppen) liksom Kommissionens s.k. Actionplan. Härom nämns inte ett ord i Nereps arbete. Detsamma gäller ändringarna av det andra bolagsdirektivet. Likaså har tydligen den s.k. IAS-anpassningen ansetts ointressant liksom ändringarna i de fjärde och sjunde bolagsdirektiven, trots att direktiven omnämns i texten.

Till Erik Nereps försvar skulle det i och för sig kunna anföras att han kanske bedömt ovan angivna arbeten som ointressanta för hans verk. För egen del anser jag, som framgått, att en sådan ståndpunkt i så fall skall motiveras. Men även om så kanhända är Nereps ståndpunkt delar jag den inte. Varför en dylik ståndpunkt dessutom är ohållbar skall jag illustrera i det följande. Något skall dock först sägas om begagnad rättspraxis och förarbeten.

På det hela taget synes Erik Nereps verk vara betydligt bättre förankrat i praxis än i doktrin, låt vara att en lista över begagnad rättspraxis saknas i källförteckningen. Men det hindrar inte att det finns brister. Några exempel:

I kapitel sex (s. 271 ff.) rörande likhetsgrundsatsen och generalklausulerna saknas en hänvisning till NJA 2000 s.404. Rättsfallet är av intresse för tolkningen av såväl likhetsprincipen som generalklausulerna (jfr nedan).

I kapitel 9 om vinstutdelning (s.457) åberopas bl.a. NJA 1995 s.418 till stöd för ståndpunkten, att vid olovlig förtäckt vinstutdelning måste den onda tron för återbäring/ogiltighet hänföra sig till insikten om att fråga var om såväl just förtäckt utdelning som att den var olovlig, med kritik av såväl mig som SOU 1997:168. Det finns bara en hake: Frågan om ond tro var ej aktuell i detta avgörande, som blott handlade om tidpunktsbedömningen.

Oaktat det kan naturligtvis Nerep ha rätt i sak härvidlag. Problemet är bara det att HD alltsedan NJA 1951 s.6 I och II och sedermera NJA 1980 s.311 samt NJA 1990 s.343 blott konstaterat ond tro i avseende på vederlagsfriheten (aktiesäljaren respektive moderbolaget genom sin ställföreträdare var i ond tro om icke betalningsduglighet) och därefter funnit återbäringsskyldighet/ ogiltighet föreligga. Och hur skulle HD ha kunnat göra det om Nerep har rätt

[2]Enligt Nerep saknas det uttalanden i doktrinen om hur ogiltigheten i 2:9b ABL skall kvalificeras (s. 129). Se dock Svernlöv a.a. s. 372 ff.

(dvs. ett dubbelt ondtroskrav)? Eller skall man kanske låtsas som att både och står i referaten? Tillika ger Nerep inga som helst rättspolitiska motiv för sin ståndpunkt utan dessa grundar sig tydligen på hans teoretiska insikter, vilka de nu är.

För det fall Erik Nerep hade önskat driva sin tes med mera substans hade han kunnat analogisera till NJA 1997 s.418 beträffande det tredje typfall vid vilket analogt bristtäckningsansvar enligt 12:5 2 st. ABL kan ifrågakomma, där HD möjligen är inne på ett dubbelt krav i fråga om insikt för uppsåtsrekvisitet (referatet s.452). Analogt härmed kan ett dubbelt sådant diskuteras med avseende på godtrosregeln i 12:5 1 st. ABL vid olovlig förtäckt utdelning i fråga om rekvisitet insett eller bort inse. Rättspolitiskt finns det enligt min mening goda argument mot ett dubbelt ondtroskrav (som finns redovisade i min avhandling). Men vem vet, kanske Nerep har något bättre?

I samma kapitel återfinns ett påstående om att s.k. återbäringsanspråk enligt 12:5 1st. ABL kan vara sakrättsligt skyddade (s.454 f.). Vart tog omnämnda NJA 1997 s.418 och för den delen NJA 1999 s.426 vägen?

Slutligen kan som en parentes nämnas att Erik Nerep (s.422) riktar kritik mot en hänvisning av mig till NJA 1976 s.618 avseende min uppfattning att avsaknad av upprättad balansräkning leder till att en utdelning är att bedöma som olovlig oavsett samtliga aktieägares samtycke. Nerep anser hänvisningen vara ”svårförståelig”. HD hänvisar i målet till att ”bolaget ej haft någon *enligt balansräkning* utdelningsbar vinst” (referatet s.622, min kursivering) och de faktiska omständigheterna i målet var sådana att ”någon balansräkning blev aldrig upprättad före konkursen” (referatet s.618). Svårförståeligt?

Vad angår bruket av förarbeten har jag i stort sett inte kunnat finna några egentliga brister (förutom att en lista över begagnade sådana saknas i källförteckningen). Möjligen synes Erik Nerep gärna läsa in sina egna åsikter i uttalanden där det är möjligt oavsett att ett dylikt ”tillgodoräknande” emellanåt inte framstår som övertygande utan i stället som smått naivt. Åtskilligt av kritik återfinns också i framställningen av nu liggande lagförslag i enskildheter, men det har ett rättspolitiskt mervärde och kan för övrigt kanske bidra till bättre rättsregler i framtiden (i sak kan vi vara oense, men det hör inte hit). Härför förtjänar Nerep beröm.

I det föregående ställde jag spörsmålet huruvida utelämnad litteratur kan ha påverkat värdet av Nereps undersökning i förringande riktning. Svaret är enligt min mening jakande. Tre exempel:

Mitt första exempel rör klander av stämmobeslut. I ett i och för sig förtjänstfullt kapitel 7 om klander av bolagsstämmobeslut gör Erik Nerep gällande att dagens nullitetsregel i 9:40 2 st. p 2 ABL skulle vara tillämplig på stämmobeslut som strider mot likhetsgrundsatsen och generalklausulerna i ABL (s. 334 ff., dock med egna tvivel). Konsekvens av att ett dylikt stämmobeslut är att kvalificera som en nullitet är att det kan bli förklarat icke gällande även efter tremånadersfristen utgång, blott begränsat i tiden av allmänna principer om passivitet jämte konkludent handlande av aktieägarna.

Se emellertid inkonsekvent i kapitel 6, där Nerep anger att bolagsstämmobeslut som strider mot likhetsprincipen i snäv mening eller generalklausulen i 9:37 ABL, kan klandras enligt 9:39–40 ABL. Vidare (s.310 f.): ”Ogiltigheten är av sådant slag att klanderfristen är tre månader från dagen för beslutet.” Både nullitet och angriplighet?

Hur regeln i 9:40 2 st. p 2 ABL skall tolkas torde de flesta bolagsrättare ha kommit i kontakt med någon gång. Den brukar också vanligtvis avfärdas på grund av sitt begränsade tillämpningsområde i gällande rätt, som inte brukar anses vara så omfattande som Nerep gör gällande. Bakgrunden till bestämmelsen, som jag lärde mig en gång, står att finna i SOU 1971:15. I lagförslagets 81 § 3 st. p 2 åter-

finns dagens bestämmelse i 9:40 2 st. p 2 ABL. Ifrågavarande bestämmelse måste läsas mot bakgrund av 79 § 1 st. i lagförslaget, vilken idag återfinns i 9:31 ABL, och som förutsatte samtliga aktieägares samtycke beträffande vissa ändringar av bolagsordningen. En likartad regel återfanns också i 79 § 3 st. i lagförslaget (samtycke av samtliga direkt berörda aktieägare beträffande inskränkning av viss eller vissa aktiers rätt), numera 9:33 ABL. Kravet på samtliga aktieägares samtycke föll sedermera bort i propositionen till vad som idag är 9:31 ABL (och 9:33 ABL) och ersattes av ett krav på att samtliga aktieägare som är närvarande på stämman skall ha röstat för ändringen och att dessa tillsammans skall företräda 9/10 av samtliga aktier i bolaget utan att man samtidigt ändrade i nu gällande 9:40 2 st. p 2 ABL. Med detta i åtanke bör 9:40 2 st. p 2 ABL läsas, vilket leder till att tillämpningsområdet för p 2 blir mycket begränsat; närmast fall där bolagsordningen kräver samtycke av samtliga aktieägare. Varken bolagsstämmobeslut som strider mot likhetsprincipen, generalklausulen eller sådana som är uppenbart främmande för verksamhetsföremålet eller syftet kan alltså vara att anse som nulliteter enligt bestämmelsen i p 2. Dylika beslut blir giltiga efter klanderperiodens utgång om tre månader. Detta torde också vara den uppfattning som, såvitt känt, är den etablerade bland akademiker i bolagsrätt.

Vad jag nu anfört är ingalunda något nytt utan står i något andra ordalag att finna i Nials bok om Aktiebolags borgensförbindelser (3 uppl. 1979 s.19 f.). Nämnda bok återfinns i Nereps litteraturlista (samtliga tre upplagor), men är emellertid inte ens berörd i det avsnitt där ifrågavarande problemställning behandlas (s.332 ff., särskilt s.334 ff.).

Mitt andra exempel hänför sig till den omdiskuterade frågan om gränsdragningen mellan likhetsprincipen och generalklausulerna (kapitel 6 s.271 ff.). Av styrande betydelse för gränsdragningen är hur likhetsprincipen skall tolkas och om likhetsprincipen kan anses omfatta inte bara direkta överträdelser, exempelvis utdelning till en aktieägare och inte till annan aktieägare, utan också indirekta överträdelser, exempelvis ett ekonomiskt fördelaktigt avtal med majoritetsaktieägarens bolag eller ett bolag i vilket hans vänner har ekonomiska intressen (utan att fråga är om utdelning eller annan utbetalning). Omfattar likhetsprincipen sålunda inte bara direkta överträdelser (aktie mot aktie) utan också indirekta sådana (aktieägarerelaterade sådana). Skillnaden i bedömningen är begränsad, men den finns där icke desto mindre (fördel *eller* nackdel beträffande likhetsprincipen respektive otillbörlig fördel *och* nackdel enligt generalklausulerna). I och för sig synes Erik Nerep företräda åsikten att likhetsgrundsatsen gäller aktier medan generalklausulerna gäller aktieägare (s.278; dvs. en distinktion mellan formell och reell likabehandling), men analysen hade vunnit på att pröva huruvida likhetsprincipen åtminstone i teorin går att använda också på olikabehandling i aktieägarhänseende. Jfr Andersson J., JT 2000–01 s.398 mot bakgrund av NJA 2000 s.404.

För egen del har jag alltsedan min avhandling vara skeptisk till en skarp söndring av nyss angivet slag, inte minst därför att kringgående (in fraudem legis) av den ”formella” likhetsprincipen genom ”reella” överträdelser kommer att prövas enligt en annan och mildare måttstock än sådana fall där överträdelsen är just ”formell”. En förskjutning som enligt mitt förmenande inte står i samklang med

det åsyftade skyddet för aktieägare, främst minoritetsaktieägare. Generalklausulen bör användas som det komplement den är, alltså främst på fall där likhetsprincipen inte längre kan tillämpas (formellt eller reellt) såsom vid riktade nyemissioner respektive på rättshandlingar med tredje man (utan indirekt koppling till aktieägare). Samtidigt skapar min ståndpunkt naturligtvis andra problem, som jag skall återkomma till i ett annat sammanhang.

En annan fråga av mera principiell natur är när tillämpningsområdet för likhetsprincipen slutar och när generalklausulerna tar vid i fråga om förvaltningsärenden (jfr det nyss sagda), ekonomiska rättigheter såsom företrädesrätten, exempelvis vid kringgående av bestämmelserna härom i ABL och i bolagsordning, samt andra typer av icke lagreglerade fördelar såsom information som tillgodoförs vissa aktieägare, men inte andra aktieägare. Visserligen diskuterar Erik Nerep åtskilliga av de problem som hithörande ärenden aktualiserar (exempelvis information till aktieägare), men enligt mitt förmenande inte tillräckligt principiellt utan snarare in casu. Men samtidigt skall det framhållas att Nereps bidrag leder rättsutvecklingen framåt.

Mitt tredje exempel handlar om en rad påståenden i Erik Nereps framställning rörande grundläggande principiella skillnader i borgenärsskyddet i delstatlig bolagslagstiftning i USA, å ena sidan, och i Europa (EU/EES-området), å den andra. En återkommande hypotes i framställningen är att intet borgenärsskydd finns i USA, medan ett starkt sådant finns i Europa. Ansvarsgenombrottsproblematiken skulle passa väl in i denna beskrivning såtillvida att den förklaras av att i USA har den utvecklats på grund av avsaknaden av tvingande borgenärsskyddsregler. Se exempelvis s.15, där Nerep gör gällande att avsaknaden ”av ett lagstadgat, tvingande borgenärsskydd balanseras på så sätt i stor utsträckning av allmänna principer om ansvarsgenombrott”. Se också t.ex. s.31 f.och s.33 f., men jfr dock s.179. Nereps ståndpunkt kan förefalla logisk, men allt som förefaller logiskt är för den skull inte sant och riktigt.

Erik Nereps tes grundar sig inte på några som helst undersökningar av rättsläget i USA eller, för den delen, Europa, i varje fall i skriven form. Tesen är samtidigt en slutsats om hur saker och ting är beskaffade utan någon mellankommande forskning. Hade Nerep ägnat tesen reell uppmärksamhet torde han ha uppmärksammat att de tvingande borgenärsskyddsreglerna i Europa tidigare också i varierande omfattning återfanns i delstatlig lagstiftning i USA. Först med 1970-talet började avvecklingen av ett lagstadgat minimumaktiekapital, vilket beloppsmässigt kan liknas vid det svenska vid samma tidpunkt, och på 1980-talet fortsatte utvecklingen med avvecklingen av kapitalskyddsreglerna sådana vi känner till dem i form av skyddet för det bundna egna kapitalet, främst aktiekapitalet (jfr § 6–40 Model Business Corporation Act). Samtidigt är ansvarsgenombrottsdoktrinen av betydligt äldre datum än denna moderna rättsutveckling och synes ha utvecklats under lång tid trots väl utbyggda tvingande borgenärsskyddsregler i aktiebolagsrätten i USA (men som dessvärre inte motsvarade sin funktion).

Särskilt illustrativt är att förekomsten av ansvarsgenombrott synes vanligast i Kalifornien trots att denna delstat sannolikt har de strängaste kapitalskyddsreglerna. Se för statistik Thompson, Robert B., 76 Cornell Law Revue. 1036 (1990–1991).

En annan aspekt på samma frågeställning, som vidare måste beaktas, är att rättskälleanvändningen i USA medför att ett prejudikat från en delstat kan tillmätas vikt i en annan. På liknande vis förhåller det sig inom ramen för commonwealth-länderna. Däremot har inte minst språkliga barriärer ävensom mellankommande världskrig hindrat en motsvarande utveckling på kontinenten i Europa, som först med EU kan komma att förändras.

Min tro är därför att rättsutvecklingen i USA rörande ansvarsgenombrott kontrasterad med rättsutvecklingen i Europa inte i nämnvärd utsträckning är ett spörsmål om systemskillnader utan ett spörsmål om andra orsaker i kombination med varandra. Ansvarsgenombrottsdoktrinen är alltså inte i nämnvärd utsträckning avhängig av tvingande borgenärsskyddsregler i aktiebolagsrätten, eftersom de senare ändå inte tenderar till att fungera som avsett. Till saken hör att rättsutvecklingen i USA finns beskriven i nordisk doktrin, vilket Nerep borde ha läst. Vidare har den ovannämnda Winter-gruppen liksom EU Kommissionen flaggat för att det andra bolagsdirektivet eventuellt skall kompletteras med en alternativ kapitalregim liknande den i omnämnda § 6–40 MBCA. Och det borde om något stämma till eftertanke. Material härom finns att läsa på EU:s hemsida.

Jag skall emellertid vara den första att erkänna att Erik Nerep kan ha rätt. Trots att jag kanske mer än de flesta diskuterat borgenärsskyddsregler i aktiebolagsrätten är jag ingalunda säker i mina uppfattningar — varken i fråga om orsakerna till rättsutvecklingen i USA eller den principiella relationen mellan tvingande borgenärsskyddsregler och ansvarsgenombrottsinstitutet. Men vad som är säkert är att det krävs ett visst mått av intellektuell öppenhet och ansträngning för att komma sanningen på spåret. Och det visar Nerep härvidlag inte prov på. Vad sanningen sen är lär vi nog aldrig få fullständig klarhet i.

3.Slutomdö me

Min recension har så här långt varit kritisk. Kritiken får emellertid inte skymma det faktum att Erik Nereps senaste verk innehåller en hel del bidrag till den aktiebolagsrättsliga diskussionen. Här kan särskilt nämnas kapitel 3, 5, 6, 7 och 9. Men Nerep bör enligt min mening vara mera öppen för andra uppfattningar och analyser sådana de kommer till uttryck i rättskällorna och inte ignorera dem. Därför är min bestämda uppfattning att Nereps senaste arbete inte kan jämföras med den goda verkshöjd som Aktiebolagsrättsliga studier nådde upp till. Förslagsvis bör Aktiebolagsrättslig analys ges ut i en reviderad andra upplaga.

Jan Andersson

STEFAN LINDSKOG, Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar, Norstedts Gula bibliotek, 2001, 1157 s.

Inledning

I bokens allra första fotnot (av väldigt många) hänvisar Stefan Lindskog till en artikel där Hjalmar Karlgren anmäler Bertil Bengtssons doktorsavhandling, ”Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott”. Karlgren avslutar sin anmälan med orden ”Men när skall förf. lära sig — på allvar vilja lära sig — begränsningens konst? Det är icke nödvändigt att skriva allt som man vet (eller reflekterat över).” Jag håller inte för uteslutet att Hjalmar Karlgren om han hade varit i tillfälle att anmäla Stefan

Lindskogs ifrågavarande ”tegelsten” hade citerat sig själv. Själv finner jag emellertid inte någon anledning att direkt citera Hjalmar Karlgren; jag låter alltså bli det.

Men det är inte omfånget som Stefan Lindskogs hänvisning till Hjalmar Karlgren avser, utan i stället den övergripande frågan hur man bör använda en lagkommentar. Hans utgångspunkt är alltså att kommentaren inte lämpar sig för sammanhängande läsning,[1] utan i stället är avsedd att punktstuderas. Den avsedda användningen styr givetvis författarens val av upplägg, innehåll, disposition m.m. Osökt för det mig in på den större frågan; nämligen varför skrivs lagkommentarer och hur bör ett sådant arbete utföras. Jag återkommer strax till detta.

Kommentaren spänner alltså över avsevärt mer än tusen sidor. Det stora sidantalet är inte minst att tillskriva den omfattande notapparaten. I boken lämnas rikligt med hänvisningar till förarbeten, rättsfall och — såvitt jag kan bedöma — tämligen fullständiga hänvisningar till nordisk doktrin på området. Problemet med så rikligt med hänvisningar — som i detta fallet — är att kalibern på hänvisningarna spänner över ett så stort område; alltifrån centrala direkthänvisningar till mer perifera diskussionsuppslag. Det ställer stora krav *dels* på författaren att formulera fotnoterna, *dels* på läsaren att kunna sovra bland dessa. Författaren klarar sin uppgift och läsaren också, men den senare måhända först efter viss möda. Med utgångspunkten att kommentaren skall punktstuderas (se nedan) är det dock inte förenat med några större svårigheter att försvara den omfattande notapparaten.

[1]Det var Bengtssons kommentar att hans bok i första hand inte vara avsedd att sträckläsas som Karlgren kommenterade med ”Vilken tanke!”.

Jag återvänder då till frågorna om varför lagkommentarer skrivs och hur sådana bör användas m.m.[2] Stefan Lindskog besvarar givetvis frågorna. Han anger inledningsvis följande (mina kursiveringar).

> 1) Avsikten är att kommentaren skall kunna fungera som *en handbok i det praktiska rättslivet.*
> 2) *Hänvisningar* till rättskällor skall vara så *fullständiga* som möjligt.
> 3) Framställningen skall vara *probleminriktad* och egna *synpunkter* och *uppfattningar* skall framföras.
> 4) Den rättsliga analysen skall fokuseras på *problematiska typfall.*

Vad Stefan Lindskog sålunda anger — och också i någon mån utvecklar — ryms väl bland de krav Per Henrik Lindblom ställer på en lagkommentar i sin artikel i Tidskrift for Rettsvitenskap. Per Henrik Lindbloms artikel tar dock ett avstamp i det han kallar för ”rundgång i rättskällorna”, dvs. den personunion som förekommer i det att en och samma person kan skriva utredningsbetänkande, proposition och lagkommentar samt sedan också döma i saker där den aktuella lagen aktualiseras. Men därutöver nämner Per Henrik Lindblom följande.

> 1) Kommentaren skall *inte* vara *den enda* på sitt område.
> 2) Författaren skall helst *inte* ha varit *inblandad* i lagstiftningsprocessen.
> 3) Kommentaren skall präglas av solida kunskaper, överblick, analysförmåga, redig disposition, njutbar språkbehandling samt en vacker och praktisk utformning.
> 4) En kommentar skall *öppet redovisa* funktionella och metodologiska *utgångspunkter.*
> 5) En kommentar skall innehålla *fylliga hänvisningar* till förarbeten, praxis och doktrin.
> 6) Kommentaren skall innefatta *egna ställningstaganden.*

[2]Jfr Per Henrik Lindblom Tfr 2000 s.401 och Göran Lambertz i SvJT 2002 s.262 (271).

Per Henrik Lindbloms ”lista” innehåller stilistiska krav som Stefan Lindskog inte uttryckligen nämner (men väl kanske ställer?). Vidare nämner Stefan Lindskog varken Per Henrik Lindbloms krav på mångfald (fler än en kommentar på varje område) eller oavhängigheten visavi lagstiftningsprocessen (även om det senare kanske kan sägas framgå indirekt). I övrigt sammanfaller kraven i betydande mån. Inte minst nämner och framhäver båda kraven på att en lagkommentar öppet redovisar författarens egna ställningstaganden och innehåller fylliga/fullständiga hänvisningar till rättskällor. Det är dessa båda punkter jag i främsta rummet rapsodiskt tänkte beröra här. Först skall jag emellertid ge en kort översikt över bokens innehåll och disposition.

Innehållsöversikt

Kommentaren inleds i Kapitel 0 (!)[3] med en redogörelse för arbetets inriktning m.m. Dessa drygt tjugo sidor innehåller den ”programförklaring” jag ovan berört, dvs. en beskrivning av syftet med kommentaren. Vidare ingår i detta ett kort rättshistoriskt avsnitt och en nordisk översikt samt en inledande förklaring av den bolagsfigur som handelsbolaget utgör och avgränsningar mot andra associationsformer.

I första avsnittet av Kapitel 1 (1:0) redogörs för begreppet handelsbolag och de definitioner det bygger på m.m. I 1:1–3 följs definitionerna av handelsbolag och kommanditbolag samt enkla bolag upp och analyseras utifrån bestämmelserna i 1 kap. 1–3 §§ HBL (lagen [1980:1102] om handelsbolag och enkla bolag). Avsnittet 1:4 behandlar frågan om ett handelsbolags och ett enkelt bolags rättssubjektivitet utifrån bestämmelsen i 1 kap. 4 § HBL.

Så långt kan man säga att författaren anlagt en allmän associationsrättslig grund för den fortsatta framställningen. Nu har vi nått fram till kommentarens huvuddel, de nästan 800 sidorna rörande handelsbolag i Kapitel 2, dvs. såväl bokens 2 kap. som 2 kap. HBL. Avslutningsvis behandlas i Kapitel 3 kommanditbolag och i Kapitel 4 enkla bolag. I princip behandlas i dessa tre kapitel lagen paragraf för paragraf, och i så måtto är kommentaren en traditionellt upplagd lagkommentar.

Varje enskild bestämmelse i HBL behandlas ingående, i princip enligt den normaldisposition, som nedan beskrivs. Möjligen kan man här tillåta sig att reflektera över frågan vad en kommentar skall eller bör innehålla. Skall/bör man nöja sig med att strikt kommentera den aktuella bestämmelsen? Eller skall/bör man höja ambitionsnivån och vidga perspektivet till att kommentera ifrågavarande bestämmelses plats i ett större sammanhang. Stefan Lindskog väljer det senare, dvs. han stannar inte vid att enbart isolerat kommentera en viss bestämmelse, utan han går vidare och ”stämmer av” bestämmelsens plats och roll i ett större associationsrättsligt perspektiv. Det innebär att hans kommentar är lite mer än en kommentar. Eller annorlunda uttryckt; det är inte en lag utan ett rättsområde som kommenteras. Jag tycker själv att det är ett bra grepp. Det hänger samman med min dynamiska rättssyn (se nedan). Men det gäller för läsaren att uppmärksamma att det i samband med kommenterandet av en enskild lagbestämmelse kan vara så att även annat (och mera) kommenteras. Jag ser dock inte detta som något problem. Stefan Lindskogs utgångspunkt att läsaren faktiskt besitter vissa förståndsgåvor

[3]Denna och andra nollor får snart sin förklaring.

och har en — åtminstone — juridisk allmänbildning måste rimligen vara riktig. Det är väl tvärtom så att just denna ”expansion” i kommentarerna gör den särskilt värdefull i många fall

Disposition

Boken har en väl genomtänkt disposition som dock inte uppenbaras omedelbart. Av innehållsförteckningen (s. 5 f.) kan man inte utläsa dispositionen i dess helhet. Man måste gå vidare till varje delavsnitt för att också få reda på det närmare innehållet i just det avsnittet (se t.ex. s. 212 f.). Det innebär att man som läsare inledningsvis tvingas till en hel del bläddrande. Varje delavsnitt (vanligen kommentaren till en paragraf) disponeras efter ett visst normalmönster (se s. 23 f.) från vilket i och för sig avvikelser görs när så är påkallat av innehållsmässiga skäl. I bokens huvudkapitel, Kapitel 2, består t.ex. Kapitel 2:0 av vissa övergripande anmärkningar där inte någon enskild paragraf kommenteras. I Kapitel 2:1 kommenteras 2 kap. 1 § HBL, i Kapitel 2:2 kommenteras 2 kap. 2 § HBL osv. Med denna dispositionsstruktur överensstämmer alltså avsnittsnumreringen med kapitel och paragraf i lagtexten; därav ”0-kapitlen”.

Denna normaldisposition innebär att inte bara den aktuella bestämmelsen i HBL och de frågor som därvid aktualiseras kommenteras. Äldre svensk rätt och motsvarande bestämmelser i övriga nordiska länder berörs också. Därutöver görs i vissa fall jämförelser med reglerna för andra bolagsformer.

Den valda normaldispositionen innebär — som författaren också förklarar — vissa överlappningar och upprepningar. Jag instämmer dock i författarens egna ord att detta inte behöver uppfattas som tyngande om man använder kommentaren på ”rätt” sätt, dvs. för punktstudier. Den som vill göra sådana punktstudier måste dock först sätta sig in i författarens systematiska disposition. Och den som räknar med att ofta göra punktstudier i kommentaren bör nog ägna viss tid åt lite allmänt ”botaniserande” i boken för att bli familjär med upplägget och författarens tankar bakom detta.

Kommentaren som rättskälla

Avslutningsvis — som har förutskickats — några få randanmärkningar kring den inledningsvis ställda allmänna frågan om varför en lagkommentar skrivs och hur en sådan skall användas och den specifika varför denna kommentar skrevs och hur den skall användas. Därvid skall jag, som nämnts, särskilt fokusera på frågorna om redovisandet av egna ställningstaganden i kommentaren och källhänvisningar.

När frågan om rättskällor behandlas i teoretiska sammanhang ser man uppräkningar av skriven lag, förarbeten, praxis, juridisk doktrin och sedvana; ibland rangordnade på något visst sätt. Sedvana brukar regelmässigt placeras främst, och skriven lag därefter följt av praxis och förarbetsuttalanden sist. Den juridiska doktrinen är inte sällan svårplacerad. Men allt detta kan variera. Och fram för allt värderas de olika rättskällorna *i och för sig* på skiftande vis. Det är det som är det mest intressanta. En allmängiltig hierarkisk rangordning är nog omöjlig att åstadkomma. Rättskällorna är ju så pass genetiskt och funktionellt olikartade.

Men vad är en *rättskälla i praktiken*? Det enkla svaret är att det är den källa som tillämparen i det enskilda fallet de facto använder för att finna *argument* för en viss lösning, eller eventuellt *svaret* på en viss fråga. Det innebär i praktiken

att den enda rättskälla som används inte sällan är just en lagkommentar. En advokat kanske i ett visst fall letar i Gösta Walins kommentar till skuldebrevslagen, en åklagare bläddrar snabbt i den för honom mycket välbekanta brottsbalkskommentaren (flera och tid efter annan skiftande författarskara) och en domare lutar sig tryggt mot vad Peter Fitger säger i sin RB-kommentar. Lagtext slås inte upp och varken NJA eller förarbeten konsulteras. Så ser det i realiteten ofta ut. Det betyder givetvis inte att lag, praxis och förarbeten negligeras. Det är ju dessa källor som är lagkommentatorns källor. Kommentatorns rättskällesyn blir därför av stort intresse. Hans eller hennes sätt att spegla dessa källor och värdera dem kan i praktiken få ett stort genomslag. Det är därför av stor vikt att en kommentator — i likhet med Stefan Lindskog — redogör för sin rättskällesyn och månar om att vara frikostig med hänvisningar till de ”bakomliggande” källorna.

De egna ställningstaganden som en kommentator kan redovisa, och som just Stefan Lindskog i det aktuella fallet verkligen redovisar, måste vara *öppna*. Med det menar jag att det är av oerhörd vikt att ett ställningstagande, som kan uppfattas som det minsta kontroversiellt, verkligen omgärdas av en redovisning av *grunden* för ställningstagandet och gärna också redovisar alternativa synsätt. Stefan Lindskog är bra på detta. Han går i många fall närmast i polemik med ett tänkt alternativt (kanske mer närliggande) synsätt. Det innefattar öppen kritik av innehållet i samtliga ”bakomliggande” rättskällor.

Jag skall ge några få exempel. På s. 430, i fotnot 21, framför Stefan Lindskog — förvisso mild — kritik mot det etablerade sättet att i en lagbestämmelse ange förutsättningen för skadeståndsansvar med att ”den som uppsåtligen eller av oaktsamhet…”. Det kan, som Stefan Lindskog gör, med fog hävdas att det skulle vara tillräckligt att enbart ange ”den som av oaktsamhet…”. Ett uppsåtligt handlande innefattar givetvis oaktsamhet. Detta är i och för sig inte något nytt trätoämne. Men Stefan Lindskog tar tillfället i akt att aktualisera det. Ett annat, och viktigare, exempel är Stefan Lindskogs kritik av Högsta domstolens syn på sin egen uppgift (s. 21, fotnot 8). Han kritiserar där Högsta domstolens ”deni de justice” i några fall där domstolen tagit sin hand från en fråga och i stället hänvisat till lagstiftaren. Ett tredje exempel, av lite annorlunda karaktär, finns på s. 500 (fotnot 39) där en bolagsmans behörighetsöverskridande diskuteras utifrån rättsprincipen om obehörig vinst. Till sitt påstående om att ett handelsbolag kan bli ersättningsskyldigt på denna grund redovisar Stefan Lindskog bl.a. olika fall från Högsta domstolen som, enligt honom, kan tolkas på skilda sätt. Det är ett också ett exempel på öppen redovisning, där författaren avstår från att ge till känna en mer bestämd egen uppfattning, men presenterar argumenten. Eller rättare sagt; grunden för olika tänkbara argument. Ett generellt exempel som återkommer är Stefan Lindskogs syn på uttalanden i förarbeten. Sådana uttalanden måste enligt honom s.a.s. analyseras i varje enskilt fall för att man skall kunna värdera deras bärkraft. Han har alltså vad man kan kalla en diversifierad syn på den rättskälla förarbetsuttalanden utgör. Ett förarbetsuttalande har enligt detta synsätt i sig inte någon särskild auktoritet (se s. 21).

De nu återgivna exemplen återspeglar något som återkommer på snart sagt varje sida i boken. Det är givet att kommentaren då blir omfångsrik. Men häri visar sig också

styrkan i framställningen. De egna ställningstagandena är inte några ”skott i mörkret”. Man må tycka att Stefan Lindskogs konklusioner i de olika fallen må vara ”rätt” eller ”fel”. Men det är inte det som är väsentligt. I stället är det viktiga att hans redovisning av sina ställningstaganden är så grundliga att man som läsare *får möjlighet* att instämma i hans slutsats eller ta avstånd från den. Och detta utan att själv — i vart fall inte omedelbart — behöva konsultera andra källor.

Stefan Lindskog själv, och Per Henrik Lindblom i den artikel jag omnämnt, nämner alltså att en lagkommentar skall innefatta en redovisning för kommentatorns egna synpunkter och ställningstaganden. Samtidigt betonar de båda att sådana synpunkter och ställningstaganden måste redovisas öppet. Jag tycker att detta är en viktig ingrediens i en lagkommentar. Jag skulle t.o.m. kunna sträcka mig till att påstå att detta är en avgörande ingrediens som berättigar en lagkommentars existens. Det hänger samman med min — och som jag förstår det även Stefan Lindskogs — syn på rätten som fenomen. En rättskälla, vilken som helst, är sällan ett facit där det finns endast *en enda* riktigt lösning på en juridisk fråga. Detsamma gäller för den ”indirekta” rättskälla som en lagkommentar utgör. Fördelen med en lagkommentar är att man i en sådan på ett friare sätt, än t.ex. i ett rättsfall eller i ett förarbetsuttalande, kan ge *argument* för och/eller emot en viss lösning på ett juridiskt problem. Tillämparen kan sedan hämta dessa argument, kanske utveckla och modifiera dem, för att använda dem i sin egen juridiska argumentation.

Vad jag nu i allmänna ordalag redovisat beträffande lagkommentaren som rättskälla gäller i synnerhet Stefan Lindskogs kommentar till lagen om handelsbolag och enkla bolag. Stefan Lindskogs syn på rätten där man via ett flertal *skrivna blad* får söka sig fram till det *oskrivna blad* där i sista hand en domstol skriver in sitt domslut är en sådan dynamisk syn man, enligt min mening, måste anamma för att *dels* nå *bra* (inte ”riktiga”) avgöranden i det enskilda fallet, *dels utveckla* rätten på det generella planet till båtnad för kommande avgöranden i enskilda fall. Det gör Stefan Lindskogs kommentar till ett värdefullt hjälpmedel — om den används för punktstudier.

Mikael Mellqvist