Begreppet förtäckt värdeöverföring
— Särskilt om rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget”

Av professor Bert Lehrberg

Aktiebolagslagens begrepp ”förtäckt värdeöverföring” underkastas i denna uppsats en ingående analys. Fokus ligger på rekvisitet ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”. Här förordas en ”subjektiv” norm. Författaren pläderar också, utifrån en bättre förståelse för den juridiska tvistelösningens realiteter, för en mindre dogmatisk och mer pragmatisk syn på valet mellan ”subjektiva” och ”objektiva” rekvisit i allmänhet. Förarbetenas lösning med ”objektivt iakttagbara kriterier” kritiseras som antingen intetsägande eller oanvändbar; den passar inte i det juridiska tvistelösningssystemet. Olika former av objektivering diskuteras. Den relevanta tidpunkten för bedömningen av affärsmässigheten bör i olika typfall bestämmas på ett något annorlunda sätt än vad som förordas i förarbetena. Detta illustreras med olika exempel. Även övriga rekvisit analyseras. Rekvisitet ”affärshändelse” bör ersättas med ”rättshandling”.

1. Värdeöverföringsbegreppet — en nyhet i 2005 års aktiebolagslag

Det enhetliga aktiebolagsrättsliga värdeöverföringsbegreppet var som sådant en av de mera vällyckade nyheterna i 2005 års aktiebolagslag. Det omfattar enligt 17:1 första stycket vinstutdelning (punkt 1), förvärv av egna aktier (med undantag för sådana som är tillåtna enligt bestämmelserna i 19:5) (punkt 2), minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna (punkt 3), och vad som traditionellt kallats ”förtäckt vinstutdelning”, men som i anslutning till den nya aktiebolagslagens terminologi kanske hellre bör kallas förtäckt värdeöverföring (punkt 4). Detta begrepp kan sägas ha fått sin definition genom 17:1 första stycket punkt 4 i 2005 års lag, enligt vilken värdeöverföringsbegreppet omfattar även

> ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”.

Att jag väljer att tala om förtäckt ”värdeöverföring” i stället för ”vinstutdelning” utgör endast ett uttryck för ett erkännande av terminologin i 2005 års lag. Det finns knappast några avgörande invändningar mot att i stället tala om förtäckt vinstutdelning. De värdeöverföringar som det här är fråga om kvalificerar sig nämligen inte inom någon av de kategorier som nämns i 17:1 första stycket punkt 1–3. Deras tillåtlighet kommer därför enligt den så kallade ”in dubioprinci-

pen", som innebär att tillåtligheten av en värdeöverföring som inte uppfyller kraven enligt något annat regelsystem prövas enligt vinstutdelningsreglerna, att bedömas enligt dessa. Därför är det också försvarligt att tala om förtäckt vinstutdelning.

En fördel med definitionen i 17:1 första stycket punkt 4 är att den tydliggör att det inte är nödvändigt att värdeöverföringen är förtäckt i betydelsen "dold", så länge fråga är om en "affärshändelse". Eftersom det motsvarande äldre begreppet "förtäckt vinstutdelning" inte på samma sätt definierades i lagen (eller i rättspraxis) diskuterades ibland frågan om detta var begränsat till att omfatta vinstutdelning som var dold, vanligen i den bemärkelsen att den var inbakad som en del i en transaktion som formellt framstod som affärsmässig (försäljning till underpris, köp till överpris etc.). Denna diskussion kan alltså numera lämnas därhän.

En annan nyhet i 2005 års definition av begreppet förtäckt värdeöverföring är att lagen inte gör någon skillnad mellan värdeöverföringar till utomstående och sådana till aktieägare. Definitionen omfattar till skillnad från äldre lag även överföringar till utomstående. Denna fråga diskuterades mycket under den äldre aktiebolagslagens tid,[1] men även denna diskussion kan nu lämnas därhän. En annan sak är att bedömningen i olika hänseenden kan komma att påverkas av vem mottagaren av en värdeöverföring är och vilken relation denne har till bolaget.

Bevisbördan för att en värdeöverföring har ägt rum brukar traditionellt antas vila på bolaget i egenskap av den part som gör gällande överföringen och någon ändring var inte avsedd i 2005 års lag.[2] Att bolaget har bevisbördan är dock en sanning med viss modifikation, eftersom bevisbördan för olika sakomständigheter i praktiken måste fördelas mellan parterna med hänsyn till bland annat vilken part som har bäst förutsättningar att säkra och föra bevisning rörande omständigheten i fråga.

Detta sammanhänger delvis med att rekvisitet "värdeöverföring", såsom det utformats i 17:1 första stycket punkt 4 aktiebolagslagen, inte är något enhetligt rekvisit. I stället finns egentligen fyra olika rekvisit; affärshändelse, förmögenhetsminskning, orsakssamband och rent affärsmässig karaktär för bolaget. Till detta kommer att åtminstone begreppet "rent affärsmässig karaktär för bolaget" utgör ett så kallat komplext rättsfaktum, vilket komplicerar bedömningen när det gäller vilka omständigheter som är rättsfakta respektive bevisfakta i olika situationer.

I det följande skall just definitionen av begreppet "förtäckt värdeöverföring" i 17:1 första stycket punkt 4 göras till föremål för en närmare analys.

[1] Se särskilt NJA 1997 s. 418 och 1999 s. 426 (särskilt Håstad).
[2] Se Prop. 2004/05:85 s. 395 och NJA 1990 s. 343.

Först skall dock översiktligt diskuteras hur värdeöverföringsbegreppet systematiskt passar in i det aktiebolagsrättsliga regelsystemet. Dessutom skall något sägas om de tre föregående rekvisiten.

2. Värdeöverföringsbegreppet i kontext

Enligt 17:2 första stycket aktiebolagslagen får värdeöverföringar från bolaget ske endast enligt bestämmelserna i aktiebolagslagen om (1) vinstutdelning, (2) förvärv av egna aktier, (3) minskning av aktiekapitalet eller reservfonden för återbetalning till aktieägarna, och (4) gåva som avses i 17:5. I andra stycket erinras uttryckligen om att särskilda bestämmelser finns om överföring av tillgångar i samband med fusion eller delning av aktiebolag och om utskiftning i samband med likvidation. Utbetalningar i strid med dessa bestämmelser omfattas således inte av värdeöverföringsbegreppet.

Detta, att utbetalningar i samband med likvidation inte omfattas av värdeöverföringsbegreppet, har varit föremål för viss diskussion. Enligt min uppfattning är dock detta lagstiftarens ställningstagande välmotiverat. För likvidationsfasen finns särskilda bestämmelser om hur man skall förfara med bolagets egendom. Vinstutdelning skall inte ske. Att aktiebolagslagen inte reglerar avveckling genom konkurs har av naturliga skäl inte ansetts behöva anges särskilt.

Att den för aktiebolagets bildningsfas gällande regleringen inte heller nämns ter sig lika naturligt. Ett oregistrerat aktiebolag saknar enligt 2:25 rättskapacitet innan det registrerats i aktiebolagsregistret och i 2:25–27 finns särskilda regler om verkan av rättshandlingar som företas före registreringen. Bolaget kan således inte i vanlig mening äga tillgångar eller företa rättshandlingar, varigenom det avhänder sig sådana.[3] Det behöver dock inte innebära att situationer där vinstutdelningsregler kan bli att tillämpa generellt kan uteslutas. Man kan ju till exempel tänka sig att en transaktion som omfattar en förtäckt vinstutdelning äger rum före registreringen och sedan blir gällande mot bolaget genom registreringen.

Inget av de i 17:2 nämnda regelsystemen tar explicit sikte på förtäckta värdeöverföringar enligt 17:1 första stycket punkt 4. Vinstutdelningsreglerna i 18 kapitlet blir emellertid här som redan sagts tillämpliga enligt den så kallade ”in dubioprincipen”. Det betyder i praktiken att en förtäckt värdeöverföring alltid är otillåten på grund av att den inte uppfyller de formella kraven i 18 kapitlet, om den inte godkänts av samtliga aktieägare.[4] Även när ett sådant godkännande föreligger är dessutom en sådan värdeöverföring otillåten om den strider mot de i 17:3–4 till skydd för bolagets eget kapital uppställda reglerna (de så kallade borgenärsskyddsreglerna).

[3] Om härmed sammanhängande frågor, se Lehrberg, B, I aktiebolagens skymningsland, Iustus förlag, Uppsala 1990, kapitel 4.
[4] Principen om samtliga aktieägares samtycke, den så kallade SAS-principen.

I 17:3 första stycket upptas den så kallade *beloppsspärren*. Här stadgas att en värdeöverföring får äga rum endast om det efter överföringen finns full täckning för bolagets bundna egna kapital. Beräkningen skall grunda sig på den senast fastställda balansräkningen med beaktande av ändringar i det bundna egna kapitalet som har skett efter balansdagen. Genom en undantagsregel i 17:4 medges dock under vissa betingelser värdeöverföringar även under löpande räkenskapsår. Här stadgas att värdeöverföringar under tiden från och med den årsstämma där resultaträkningen och balansräkningen för ett räkenskapsår har fastställts fram till nästa årsstämma får ske med ett sammanlagt belopp som uppgår till högst det belopp som vid den första årsstämman var tillgängligt för värdeöverföring enligt 17:3 första stycket. Vid beräkningen av utrymmet för värdeöverföring skall ändringar i det bundna egna kapitalet som har skett efter den senaste årsstämman beaktas.

Den så kallade *försiktighetsregeln* i 17:3 andra stycket stadgar ytterligare begränsningar i möjligheterna att företa värdeöverföringar. Även om det inte finns något hinder enligt första stycket får nämligen bolaget genomföra en värdeöverföring till aktieägare eller annan endast om den framstår som försvarlig med hänsyn till dels de krav som verksamhetens art, omfattning och risker ställer på storleken av det egna kapitalet, dels bolagets konsolideringsbehov, likviditet och ställning i övrigt. Om bolaget är ett moderbolag, skall, enligt andra stycket, 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.

En olovlig värdeöverföring föranleder enligt 17:6 första stycket plikt för mottagaren att *återbära* vad som uppburits. Återbäringsplikten förutsätter enligt huvudregeln att bolaget visar att mottagaren insåg eller borde inse att värdeöverföringen stod i strid med bestämmelserna i 17, 18 eller 20 kapitlet aktiebolagslagen. När det rör sig om en förtäckt värdeöverföring enligt 17:1 första stycket punkt 4 (som inte avser gåva enligt 17:5) gäller emellertid inte denna regel. I stället är mottagaren återbäringsskyldig enligt detta stadgande om värdeöverföringen strider mot lagens 17 kapitel. I detta fall räcker det att bolaget visar att mottagaren insåg eller borde inse att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget.

För *brist* som kan uppkomma vid återbäring enligt 17:6 svarar, enligt 17:7 första stycket, de personer som har *medverkat* till beslutet om värdeöverföringen. Detsamma gäller de som har medverkat till verkställandet av beslutet eller till upprättandet eller fastställandet av en oriktig balansräkning som har legat till grund för detta. För styrelseledamot, verkställande direktör, revisor, lekmannarevisor och särskild granskare förutsätts, enligt andra stycket, uppsåt eller oaktsamhet, medan för aktieägare och annan erfordras uppsåt eller grov oaktsamhet.

För brist som uppkommer vid återbäringen ansvarar, enligt tredje stycket, även den som har *tagit emot* egendom från en person som avses i 17:6 första stycket med vetskap om att den härrör från en olaglig värdeöverföring. Detta stadgande har liknande konsekvenser som en vindikationsrätt, men är av en annan natur eftersom det har formen av ett bristtäckningsansvar.

Bristtäckningsansvaret är i grunden närmast av skadeståndsrättslig natur, även om det ingalunda konsekvent är utformat som ett skadeståndsansvar i vanlig mening. I konsekvens med detta tillämpas, enligt vad som stadgas i 17:7 fjärde stycket, bestämmelserna i 29:5 om jämkning av skadestånd och 29:6 om solidariskt skadeståndsansvar och inbördes regress för flera skadeståndsskyldiga. Tillämpningen av dessa stadganden måste naturligen anpassas till bristtäckningsreglernas speciella utformning, som bland annat innebär att det är en uppkommen brist vid en återbäringsplikt och inte en uppkommen skada beräknad enligt skadeståndsregler som skall ersättas.

På grundval av genomgången ovan låter det sig sägas, att lagstiftarens tänkande i anslutning till reglerna om värdeöverföringar, och särskilt förtäckta sådana, är starkt präglat av två sällan uttalade och i sammanhanget strängt taget ganska udda premisser.

Den ena premissen är att formenlig vinstutdelning i form av utbetalning till aktieägarna av ett visst belopp per aktie efter beslut av bolagsstämman är det normala typfall, med vilket de förtäckta värdeöverföringarna ständigt jämförs. Dessa betraktas helt enkelt som alternativa metoder för att ”åstadkomma samma resultat” som en formenlig vinstutdelning genom en åtgärd som är ”förtäckt” just därför att den inte sker på angivet sätt, dvs. som ”öppen” vinstutdelning. Härav kom den äldre terminologin, där man talade om ”utbetalning” även när det handlade om en värdeöverföring som skett i annan form. Genom värdeöverföringsbegreppet har nu lagstiftaren tagit ett steg bort ifrån denna utgångspunkt. Detta visar sig även bland annat däri att 2005 års definition av begreppet förtäckt värdeöverföring som redan nämnts inte gör någon skillnad mellan värdeöverföringar till utomstående och sådana till aktieägare.

Det steg som lagstiftaren enligt vad som just sades tog bort ifrån utgångspunkten att jämförelsen med ”öppen vinstutdelning” är normerande för bedömningen av förtäckt vinstutdelning blev dock mycket kort — och på det hela taget iögonfallande halvhjärtat. Lagstiftaren tycks således ha haft svårt för att bestämma sig för om förtäckta värdeöverföringar skall vara tillåtna eller inte. Läser man lagen är de förbjudna. Läser man motiven är de tillåtna — så länge aktieägarna är överens och så länga borgenärsskyddsreglerna inte träds för när.

Den andra premissen för vinstutdelningsreglerna är att bolagets bokföring — inte den rättshandling genom vilken bolaget frånhänds en del av sina tillgångar — utgör den utsiktspunkt utifrån vilken såväl ”öppna” som förtäckta värdeöverföringar betraktas. Detta något be-

synnerliga synsätt har lagstiftaren uppenbarligen mycket svårt att frigöra sig ifrån. Om något har det blivit starkare i 2005 års lag. Detta är särskilt tydligt när det gäller utformningen av de nya reglerna om ”förtäckta värdeöverföringar”. När man nu tagit steget att tillskapa sådana regler — vilket är ett stort framsteg i sig — lyckas man på ett ganska anmärkningsvärt sätt att krångla till det som kunde ha varit mycket enkelt. Därför har hela regleringen i 2005 års lag, utan någon egentlig motivering, kommit att få ett innehåll som i jämförelse med vanliga avtals- och kontraktsrättsliga regler framstår som mycket speciellt och onödigt komplicerat.

3. Rekvisitet ”affärshändelse”

Enligt definitionen i 17:1 första stycket punkt 4 utgörs en förtäckt värdeöverföring av en

> ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”.

Användningen av begreppet ”affärshändelse” i detta sammanhang ger bestämmelsen en udda karaktär i åtminstone två hänseenden. För det första ansluter terminologin till bolagets bokföring snarare än till vad som skulle kunna kallas för de civilrättsliga realiteterna. För det andra ansluter den inte till rättshandlingsbegreppet, vilket är det vanliga och naturliga i bestämmelser som främst stadgar om återgång av rättshandlingar.[5]

Anslutningen till bokföringsreglerna möjliggör att kretsen av relevanta företeelser, som omfattas av värdeöverföringsbegreppet, kan definieras i anslutning till redovisningslagstiftningen. Således uppges i förarbetena att begreppet affärshändelse omfattar

> ”alla förändringar i storleken och sammansättningen av bolagets förmögenhet som beror på företagets ekonomiska relationer med omvärlden, såsom in- och utbetalningar, uppkomsten av fordringar eller skulder samt egna tillskott till och uttag ur verksamheten av pengar, varor eller annat (jfr 1 kap. 2 § första stycket 7 bokföringslagen [1999:1078])”.[6]

Den praktiska betydelsen av hänvisningen till begreppet ”affärshändelse” i bokföringslagen — om den nu inte som Jan Andersson varit inne på helt skall anses sakna egen substans[7] — är möjligen att endast sådana händelser som kan och enligt bokföringslagen skall *bokföras* kan bli att betrakta som värdeöverföringar. Jan Andersson avfärdar denna tolkning med hänvisning till att det i propositionen[8] står, att det inte har någon avgörande betydelse för om en affärshändelse skall

[5] Som exempel kan nämnas avtalslagens ogiltighetsregler och konkurslagens återvinningsregler.
[6] Prop. 2004/05:85 s. 747. Se SOU 2001:1 s. 354 f.
[7] Se Andersson, J, Kapitalskyddet i aktiebolag, 6 uppl., LitteraturCompagniet, Stockholm 2010, s. 93.
[8] Ibidem.

anses som en värdeöverföring, vilka effekter den får på bolagets redovisning.[9] Detta motivuttalande avser emellertid inte rekvisitet affärshändelse, utan rekvisitet förmögenhetsminskning, och har därför antagligen inte någon avgörande betydelse i det här aktuella sammanhanget. Det är emellertid även av andra skäl tveksamt om en sådan tolkning låter sig upprätthållas vid bestämmelsens tillämpning.

Alla ändringar i ett aktiebolags rättigheter och skyldigheter genom vilka bolaget kan frånhändas värden är nämligen inte av sådan karaktär att de kan och behöver bokföras. Frågan är därför om begreppet affärshändelse utgör en bättre — eller rentav sämre(!) — definition än vad som skulle ha kunnat åstadkommas genom den enklare och mera närliggande kopplingen till det i den aktuella typen av sammanhang mera etablerade begreppet rättshandling.

Frikopplingen från rättshandlingsbegreppet får åtminstone i princip till konsekvens att lagen möjliggör att även *annat än rättshandlingar* — men däremot inte annat än affärshändelser(!) — leder till återbäringsplikt och bristtäckningsansvar. Frågan är emellertid vilken praktisk betydelse detta har.

Förutom genom rättshandlingar kan civilrättsliga förpliktelser uppkomma i första hand genom skadegörande handling, obehörig vinst och handlande utan uppdrag i vissa situationer. Offentligrättsliga förpliktelser kan i första hand uppkomma genom lagar och andra författningar samt genom myndighetsbeslut (vissa mellanformer finns också, såsom byggnadsrättsliga planbeslut). I den mån en värdeöverföring äger rum i nu nämnda fall måste det dock röra sig om mycket speciella situationer av undantagskaraktär (jag bortser nu från de i aktiebolagslagen särskilt reglerade situationer där myndighetsbeslut är nödvändiga för att vissa rättshandlingar skall få avsedd rättslig betydelse).

Mer närliggande är möjligheten att en värdeöverföring kan grunda sig på en *processhandling* — mest typiskt ett medgivande i process — som resulterar i en dom, ett beslut eller en skiljedom till bolagets nackdel. Begreppet rättshandling torde med en moderat extensiv tolkning omfatta inte bara vanliga civilrättsliga rättshandlingar, utan även processhandlingar av den karaktär som det här kan bli fråga om. En processhandling är väl däremot knappast en affärshändelse — en sådan torde nog uppkomma först genom domen. Det ligger därför i farans riktning att rättshandlingsbegreppet skulle ha varit mer användbart just med avseende på processhandlingar.

Vidare kan en förpliktelse övergå inte bara genom ett singularfång, som grundar sig på en rättshandling, utan även genom ett *universalfång*, såsom arv och utskiftning vid likvidation av ett aktiebolag. Även fusion betraktas traditionellt, om än på något oklara (och möjligen inte fullt hållbara) grunder, som universalfång och detsamma har en

[9] Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag s. 93.

smula överraskande antagits beträffande delning av aktiebolag.[10] Vid fusion och delning finns det i och för sig rättshandlingar som ligger till grund för överföringen av rättigheter och skyldigheter. Detta har dock ingen betydelse i det här aktuella sammanhanget, eftersom dessa rättsinstitut, i likhet med utskiftning vid likvidation, inte omfattas av aktiebolagslagens värdeöverföringsbegrepp. Vad gäller de familjerättsliga universalfången aktualiseras dessa över huvud taget inte med avseende på aktiebolag. Någon annan form av universalsuccession, vilken skulle kunna ge upphov till olovlig vinstutdelning i aktiebolagslagens mening, kan jag inte omedelbart se att det skulle finnas.

Den huvudsakliga konsekvensen av att tillämpningsområdet för konkurslagens återvinningsregler — i första hand den allmänna subjektiva återvinningsregeln i 4:5 — är avgränsat med användning av rättshandlingsbegreppet är att vad som ibland något kryptiskt kallas *"faktiska dispositioner"* inte kan återvinnas.[11] Frågan är dock om det existerar några "faktiska dispositioner", vilka inte kvalificerar sig som rättshandlingar men ändå utgör affärshändelser enligt definitionen ovan och om dessa i så fall låter sig inordnas under värdeöverföringsbegeppet. Det är att märka att sådana dispositioner som en betalning, utförandet av en tjänst eller leveransen av en vara till uppfyllelse av ett köpeavtal, vilka kanske kan tyckas vara nog så "faktiska" till sin karaktär, i själva verket utgör rättshandlingar (hänförliga till kategorin uppfyllelserättshandlingar). Däremot är de väl knappast alltid affärshändelser i den meningen att de skall bokföras.

Begreppet rättshandling har dessutom i doktrinen i anslutning till 30 § äldre konkurslagen i ett annat avseende tillagts ett vidsträckt tillämpningsområde. Det har nämligen fått omfatta även ett förfarande från gäldenärens sida som närmast kan karakteriseras som *passivitet* eller underlåtenhet att handla.[12] Detta var av särskild betydelse med hänsyn till att den äldre lagtexten rymde formuleringar, som tydde på att endast rättshandlingar som företagits av gäldenären själv omfattades. Numera är det genom lagändring klarlagt, att det inte är något krav att rättshandlingen skall ha företagits av gäldenären. Även en rättshandling som företagits av till exempel en gynnad borgenär kan

[10] Det är som antytts inte helt givet att denna etikettering är den mest adekvata och om så ej skulle vara fallet kan det finnas anledning att ompröva även den formella kvalificeringen av fusion som universalsuccession. Detta torde i och för sig ha mindre betydelse, eftersom fusion och delning är underkastade en omfattande detaljreglering i aktiebolagslagen, vilken i praktiken innehåller lösningar på de flesta — om än inte alla — upptänkliga frågor.

[11] Se Lennander, G, Återvinning i konkurs, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2004, s. 141.

[12] Se Prop. 1986/87:90 s. 215, Lennander, Återvinning i konkurs s. 143–145, Göranson, U, Återvinning utom konkurs, Iustus Förlag, Uppsala 1989, s. 271, Rodhe, K, Handbok i sakrätt, Norstedts, Stockholm 1985, § 21 vid not 31, Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs, Uppsala 1939, s. 146 ff., särskilt s. 155. Se även SOU 1970:75 s. 160 med not 8 och Prop. 1975:6 s. 205.

således bli föremål för återvinning enligt 4:5.[13] Behovet av en analogisk tillämpning av återvinningsregeln för otillbörliga rättshandlingar vid passivitet har därmed blivit mindre.

Sannolikt finns det dock fortfarande fall, där frågan om gäldenärens passivitet kan betraktas som en återvinningsbar ”rättshandling” får betydelse. Det kan emellertid inte råda någon tvekan om att gäldenärens passivitet är att betrakta som en rättshandling i vissa fall. Detta gäller alldeles uppenbart beträffande sådana speciella situationer, där ett avtal kommer till stånd genom passivitet (t.ex. 4, 6 och 9 §§ avtalslagen) eller underlåtenhet eljest får verkan som avtalsrättsligt förpliktande löfte.[14] Lagberedningen måste ha haft andra situationer i tankarna, när den (i anslutning till ett äldre förslag) uttalade att det är svårt att beteckna underlåtenhet som en rättshandling.

Från metodologisk synpunkt kan dessutom ifrågasättas såväl relevansen som tyngden av det rent språkliga argumentet utifrån termen ”rättshandling” i det aktuella sammanhanget. Den avtalsrättsliga termen ”rättshandling” har inte valts för att den med fullständig språklig precision skulle uttrycka vad som avses. Någon term som uppfyller ett så högt ställt krav finns, som så ofta är fallet inom juridiken, inte. I stället har den valts för att den åtminstone hjälpligt passar för de typiska rättshandlingar för vilka de avtalsrättsliga reglerna (återigen till följd av språkets brist på den höga precision som juridiken egentligen kräver) primärt utformats.

Valet av termen ”rätts*handling*” uttrycker således inte något sådant ställningstagande till huruvida fråga måste vara om en aktiv ”handling” som beredningen förefaller vilja läsa in i detsamma. Nej, anknytningen till det allmänna språkbruket, som har den fördelen att de flesta förstår ungefär vad jurister talar om även när de använder speciella juridiska termer, blir vid den här typen av analys en belastning. Det hade varit bättre — och många besynnerliga missförstånd hade kunnat undvikas — om språket hade innehållit ett neutralt uttryck som innefattar inte bara aktiva handlingar utan även underlåtenhet.[15]

Beredningen ville naturligt nog inte utesluta en analogisk tillämpning av återvinningsregeln i vissa fall.[16] I litteraturen har olika åsikter kommit till uttryck. Lennander har till exempel som en rimlig lösning rekommenderat att passivitet principiellt godtas som rättshandling.[17]

[13] Se Prop. 1986/87:90 s. 215. Se också Lennander, Återvinning i konkurs s. 141–143.

[14] Se t.ex. Ussing, H, Aftaler paa Formuerettens Omraade, 2 uppl., G E C Gads forlag, Köpenhamn 1945, § 11.III.

[15] Ett motsvarande problem finns inom förutsättningsläran, där användningen av termen ”förutsättning” förbluffande ofta missförståtts på det sättet att fråga skulle behöva vara om ett ”medvetet antagande”, trots att det borde vara uppenbart att rättshandlingar nog så ofta grundas på omedvetna premisser (och att dessa för övrigt är oerhört många fler än de medvetna).

[16] För det anförda, se SOU 1970:75 s. 160 med not 8.

[17] För detta och det följande, se Lennander, Återvinning i konkurs s. 143–145.

Göranson är å andra sidan mer skeptisk till att återvinning skulle kunna ske i anledning av att gäldenären underlåtit att reklamera eller företa preskriptionsavbrott. Han syftar då tydligen på andra fall än de då passiviteten utgör eller i vart fall får verkan som en rättshandling. Däremot kan, enligt Göranson, en kollusiv överenskommelse, där gäldenären utfäst att reklamation eller preskriptionsavbrott ej skall äga rum, direkt jämställas med verkställd reklamation respektive preskriptionsavbrott.[18] Mot detta sista finns knappast något att invända. Här handlar det ju om en rättshandling i ordets mest egentliga bemärkelse.

Frågan om en tillämpning är möjlig i fall av passivitet uppkommer även i anslutning till begreppet ”affärshändelse” i 17:1 första stycket punkt 4 aktiebolagslagen. Här inställer sig emellertid avsevärt större svårigheter än vad som skulle ha blivit fallet om rättshandlingsbegreppet i stället hade använts. Dessa sammanhänger delvis med att rekvisitet affärshändelse, tolkat som en hänvisning till vad som kan och enligt bokföringslagen skall redovisas, har en uppenbar svaghet. Bokföring förutsätter nog nämligen i praktiken i regel att överföringen av värden sker på ett formellt sätt och genererar någon form av skriftligt bokföringsunderlag. Ett avtalsslut som sker genom passivitet, konkludent handlande etc. utgör därför i regel inte när det äger rum någon affärshändelse som skall bokföras i bolagets redovisning.

Frågan om tillämpningen av värdeöverföringsreglerna vid passivitet har diskuterats en del i litteraturen, fastän i regel i anslutning till rekvisitet ”förmögenhetsminskning”, där till exempel Jan Andersson behandlar passivitetsfall i anslutning till ”indirekt” (i motsats till ”direkt”) förmögenhetsminskning.[19] En hänvisning till vad som kan och enligt bokföringslagen skall redovisas är knappast något användbart svar på den aktuella frågan. Avgörande bör i stället vara ändamålssynpunkter, såsom om en försämring av ett aktiebolags förmögenhetsförhållanden kan åstadkommas genom underlåtenheten i fråga och om en underlåtenhet att tillämpa värdeöverföringsreglerna skulle skapa en kringgåendemöjlighet. Jag har svårt att se vilken fördel användningen av termen ”affärshändelse” i detta hänseende skulle kunna ha i jämförelse med en användning av termen ”rättshandling”.

Till skillnad från genom rättshandlingar etc. kan ett aktiebolag förlora medel genom skadegörande handling. En sådan är inte någon rättshandling, men kan vara en affärshändelse i den meningen att den behöver bokföras. Ändå är det knappast rimligt att uppfatta skadegörelse eller ett beslut om sådan som en olovlig värdeöverföring. Rättshandlingsbegreppet — som tydliggör distinktionen mellan kon-

[18] Se Göranson, Återvinning utom konkurs s. 272 f.
[19] Se Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag s. 95–99 med hänvisningar till annan litteratur. Se vidare nästa avsnitt.

traktuellt och deliktuellt grundade anspråk — passar därför bättre för att avgränsa värdeöverföringsbegreppet även i detta hänseende.[20]

Faktiskt är användningen av termen ”affärshändelse” i sammanhanget så malplacerad, att man kan diskutera om inte lagens terminologi på denna punkt bör ändras. Detta gäller särskilt som termen inte verkar ha några beaktansvärda fördelar framför den i sammanhanget mera naturliga och adekvata termen ”rättshandling”.

4. Rekvisitet förmögenhetsminskning

Av definitionen i 17:1 första stycket punkt 4 av förtäckt värdeöverföring framgår (1) att bolagets förmögenhet skall minska och (2) att minskningen skall vara en konsekvens av den ifrågavarande ”affärshändelsen”.[21]

Däremot kräver inte lagen att det finns någon mottagare av den förtäckta värdeöverföringen, vilken mottagare berikas till följd av affärshändelsen. Detta är principiellt intressant av två skäl. För det första finns en sådan mottagare i princip alltid vid ”öppen” vinstutdelning, varför lagstiftaren på denna punkt verkar ha frigjort sig från tanken att den ”dolda” värdeöverföringen i alla avseenden skall vara en parallell till den ”öppna”. För det andra kan avsaknaden av ett krav på att det finns en mottagare som berikas kanske uppfattas som ett ganska udda uttryck för lagstiftarens fixering vid bolagets bokföring. Denna påverkas ju inte av om mottagaren faktiskt får några pengar eller inte.

I sammanhanget är det av visst intresse att gåvor från aktiebolag är tillåtna endast i begränsad omfattning enligt reglerna i 17:5. Här stadgas att bolagsstämman eller, om saken med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse, styrelsen, får besluta om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål, om det med hänsyn till ändamålets art, bolagets ställning och omständigheterna i övrigt får anses skäligt och gåvan inte strider mot reglerna i 17:3 om skydd för aktiebolagets bundna egna kapital.

Om en transaktion medför en förmögenhetsminskning får enligt förarbetena avgöras ”enligt allmänna principer”. Den eventuella effekten på bolagets redovisning är alltså inte avgörande. Som exempel nämns att försäljning av egendom till ett pris som motsvarar bokfört värde kan utgöra en värdeöverföring om egendomens marknadsvärde överstiger det bokförda värdet.[22]

Försäljning till underpris är ett skolexempel på förtäckt värdeöverföring som medför att bolagets förmögenhet minskar.[23] Ett annat typexempel är förvärv till överpris. Ytterligare andra exempel är lön

[20] Se Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag s. 99, men jfr Lindskog, S, Aktiebolagslagen. 12:e och 13:e kapitlet. Kapitalskydd och likvidation, Juristförlaget, Stockholm 1995, s. 50.
[21] Se också Prop. 2004/05:85 s. 747.
[22] Se Prop. 2004/05:85 s. 747 för detta och det följande.
[23] Se till exempel Prop. 2004/05:85 s. 747.

eller arvode som utbetalas för arbete som inte har utförts eller där ersättningen är alltför hög[24] samt utlåning mot en ränta som understiger marknadsräntan och lån mot en ränta som överstiger denna. Sakutdelning,[25] liksom utdelning genom överlåtelse av fordran,[26] har också förekommit i praxis. Flertalet intressanta rättsfall har dock avsett aktiebolagets utlåning, oftast i samband med en överlåtelse av bolaget, av pengar till — eller ställande av säkerhet till förmån för — en låntagare vars ekonomi varit sådan att återbetalning av lånet inte kunde påräknas. Utbetalningen eller säkerställelsen har därför betraktats som förtäckt vinstutdelning[27] till förmån för en sådan gäldenär.[28]

Bedömningen av huruvida en värdediskrepans, som kan ge grund för konstaterandet att fråga är om en överföring av värden, föreligger kan ge upphov till betydande bevissvårigheter, till exempel i form av värderingsfrågor. Det har mot denna bakgrund diskuterats om ett krav bör ställas på att värdeöverföringen är ”uppenbar” till sin karaktär eller ”avsevärd” till sin omfattning. Stöd saknas dock i lagtexten och förarbetena för att ett sådant krav skulle gälla. Att värdediskrepansens omfattning kan få betydelse för bedömningen av om en överföring av värden föreligger och om denna är av rent affärsmässig karaktär för bolaget är en annan sak.

Det finns också vissa gränsfall, där det är tänkbart att en överföring av värden i lagens mening kan föreligga, trots att bolaget inte frånhänts någon tillgång i vanlig mening. Ibland talas om indirekt förmögenhetsöverföring.[29] Ett omdiskuterat exempel är bolagets avstående av ”lönsam affär”. Normalt kan naturligtvis inte detta, att ett bolag väljer att inte satsa på en viss affär, medan en aktieägare i stället väljer att göra det, uppfattas som att bolaget skulle ha avstått medel till aktieägaren. Bolaget måste ju hela tiden fritt kunna välja mellan olika affärsmöjligheter och prioritera dem utifrån bolagets strategiska och taktiska överväganden. Detta kan innebära ett avstående från åtskilliga affärsmöjligheter, som aktieägare och andra kan ta över. Det är inte rimligt att bolagets beslutsfattare skall känna sig bundna att tacka ja till alla affärer som skulle kunna vara vinstaffärer — vilket inte alltid är så lätt att bedöma — för att undvika påståenden om olovlig vinstutdelning. Hur värdet av en eventuell överföring av värden i ett sådant fall skall fastställas måste också ofta framstå som skäligen oklart.

Å andra sidan kan det tänkas fall där en aktieägares eller annans övertagande av en affär kan framstå som ett sätt att kringgå vinstut-

[24] Se i rättspraxis NJA 1920 s. 231.
[25] Se NJA 1995 s. 742.
[26] Se NJA 1976 s. 618.
[27] Se NJA 1951 s. 6 I, NJA 1951 s. 6 II, NJA 1966 s. 475, NJA 1990 s. 343 och NJA 1997 s. 418.
[28] Se NJA 1999 s. 426.
[29] Se i ämnet bl.a. Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag s. 95 ff., Lindskog, Aktiebolagslagen s. 50 och Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier — särskilt kapitalskyddet, Juristförlaget, Stockholm 1994, s. 59 not 66.

delningsreglerna vilket rimligt bör stävjas. Anta till exempel att det i ett aktiebolag som utför konsulttjänster finns en önskan att gynna en aktieägare och att bolaget därför låter aktieägaren utföra och debitera ett lönsamt uppdrag privat eller i eget bolag, trots att uppdraget från början erbjudits aktiebolaget och trots att bolaget har kapacitet att utföra det och nu går miste om dessa intäkter. En analogisk tillämpning av vinstutdelningsreglerna kan i ett sådant fall framstå som befogad.

5. Allmänt om rekvisitet att affärshändelsen ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”

Enligt definitionen i 17:1 första stycket punkt 4 utgörs en förtäckt värdeöverföring av en

> ”annan affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”.

Men vad innebär då detta krav på avsaknad av affärsmässig karaktär närmare bestämt?

Med uttrycket ”inte har *rent* affärsmässig karaktär för bolaget”[30] tycks ha avsetts att det räcker att en del av en transaktion saknar affärsmässig karaktär för att hela transaktionen skall bedömas inte vara av rent affärsmässig karaktär i lagens mening.[31] Betydelsen av denna ståndpunkt är naturligtvis beroende av huruvida rättsverkan av vinstutdelningsreglernas tillämpning på transaktionen träffar denna som helhet eller låter sig begränsas till den del som saknar rent affärsmässig karaktär.

Uppenbart är vidare att en olovlig värdeöverföring kan föreligga oberoende av att bolaget *frivilligt* deltagit i transaktionen ifråga och accepterat den, till exempel som part i ett avtal. En gåva eller en diskrepans mellan prestationerna på ömse sidor i ett avtalsförhållande som är helt medveten och avsiktlig från bolagets sida utgör naturligtvis en värdeöverföring. En sådan blir ju inte affärsmässig bara för att bolaget accepterar den. Ogiltigheten är därmed inte heller av sådan karaktär, att den kan läkas genom ratihabition från bolagets sida. Tvärtom är det föremål för diskussion huruvida en olovlig värdeöverföring alls kan föreligga om bolaget inte haft för avsikt att föra över medel till medkontrahenten. Till denna fråga återkommer jag i det följande.

Kvar står emellertid huvudfrågan: Vad innebär det att en affärshändelse ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”? Hur skiljer man alltså en förtäckt värdeöverföring från vilken dålig affär som helst? Här måste det konstateras att lagtextens lydelse inte är särskilt upplysande. I förarbetena görs dock vissa uttalanden, som kanske kan uppfattas som en definition av begreppet ”affärsmässig” — eller i vart fall en ansats till en sådan definition. Förarbetenas sätt att närma sig

[30] Kursiveringen är gjord här.
[31] Se Prop. 2004/05:85 s. 748.

denna fråga är emellertid inte helt rätlinjigt eller oproblematiskt. Till att börja med uttalas i propositionen:

”Frågan är emellertid vad som närmare bestämt bör rymmas i begreppet ’värdeöverföring’ och alltså vara underkastat olika slag av begränsningar. I ett bolag förekommer regelmässigt ett stort antal transaktioner som minskar (eller ökar) bolagets tillgångar men som utgör ett naturligt led i bolagets verksamhet. Som exempel kan nämnas att ett aktiebolag måste kunna betala ut lön till en aktieägare som är anställd i bolaget utan att tillämpa de särskilda regler som lagen uppställer för utbetalning av bolagets medel. Normala affärshändelser av det slaget bör uppenbarligen inte omfattas av de begränsningar som bör gälla för värdeöverföringar. Enligt vår mening bör det därför av lagtexten framgå att med värdeöverföring avses affärshändelser som medför att bolagets förmögenhet minskar och som [inte[32]] är av affärsmässigt slag.

Härefter återstår frågan hur gränsen mellan å ena sidan affärsmässiga transaktioner och å andra sidan andra minskningar av bolagets förmögenhet bör dras.”[33]

Genom dessa uttalanden kan man nog tycka att lagstiftaren åtminstone antyder att den fortsatta diskussionen skall komma att handla om frågan under vilka förutsättningar en minskning av bolagets förmögenhet, som annars vore att betrakta som en värdeöverföring, inte kvalificerar sig som en sådan därför att den är av rent affärsmässig karaktär för bolaget. I fortsättningen av det sista stycket i citatet ovan går emellertid lagstiftaren i stället oväntat över till att diskutera en åtminstone i huvudsak annorlunda fråga, nämligen den formella frågan vilka i aktiebolagslagen reglerade former av utbetalningar av bolagets medel som bör omfattas av värdeöverföringsbegreppet och den till detta begrepp knutna regleringen. I denna del uttalas följande:

”Att vinstutdelning, utbetalning i samband med förvärv av egna aktier och återbetalning till aktieägarna i samband med nedsättning av aktiekapitalet bör räknas som värdeöverföring står helt klart (se vidare avsnitt 11.3). Kommittén har ansett att också utskiftning i samband med bolagets likvidation bör anses som värdeöverföring. Enligt vår mening bör dock begreppet inte omfatta utskiftning. Det sammanhänger med att utskiftning är en del av avvecklingen av ett bolag och att skyddet för aktieägare och borgenärer därvid tillgodoses genom andra slag av regler än de som enligt vår mening bör knytas till begreppet värdeöverföring. Vi gör samma bedömning när det gäller sådan överföring av tillgångar som sker i samband med fusion eller delning av aktiebolag (se vidare avsnitten 17.2 och 17.3). Inte heller sådana överföringar bör alltså behandlas som värdeöverföring i den bemärkelse som avses här, trots att det rent faktiskt är fråga om ett frånhändande av tillgångar från bolaget.”[34]

[32] Ordet ”inte” saknas i propositionen, men det måste antas vara ett rent korrekturfel.
[33] Prop. 2004/05:85 s. 371.
[34] Prop. 2004/05:85 s. 371.

De avgränsningar av aktiebolagslagens värdeöverföringsbegrepp som här görs har uppenbarligen inte så mycket att göra med principen att en för bolaget rent affärsmässigt betingade transaktion inte utgör en värdeöverföring. Tvärtom undantas utskiftning vid likvidation samt fusion och delning på den grunden att det tydligen anses att bristande affärsmässighet här kan hanteras enligt andra regler. Jag har (till skillnad från vissa andra forskare) inte några vägande invändningar mot denna avgränsning av aktiebolagslagens värdeöverföringsbegrepp såvitt avser utskiftning vid likvidation.[35] Den fråga som här måste ställas är emellertid en annan: Vilka slutsatser kan dras om lagstiftarens syn på

> ”gränsen mellan å ena sidan affärsmässiga transaktioner och å andra sidan andra minskningar av bolagets förmögenhet”

av det faktum att denne synbarligen väljer att behandla dessa undantag som ett utslag av denna gränsdragning. Här blir jag svaret skyldig!

Frågan om tillämpningen av principen att en för bolaget rent affärsmässigt betingad transaktion inte utgör en värdeöverföring aktualiseras nog åtminstone i huvudsak endast vid behandlingen av de typer av transaktioner vilka inte omfattas av lagens formella utbetalningsformer. När nu lagstiftaren går vidare till dessa är det därför närliggande att förvänta sig att fokus är inställt just på denna fråga, som ju lagstiftaren också sagt är den som skall behandlas. Här anförs nu inledningsvis följande:

> ”Ännu mera vanskligt är att avgöra i vad mån andra slag av transaktioner …, när de medför att bolagets förmögenhet minskar, skall anses som värdeöverföringar. I doktrinen finns olika synsätt. Ett av dessa är att bedömningen skall utgå från värdet av parternas prestationer (värdediskrepansen). Om värdet av bolagets prestation överstiger aktieägarens prestation, föreligger en värdeöverföring. Bedömningen grundas alltså på de objektiva förutsättningar som är för handen (se t.ex. Andersson, J., Kapitalskyddet i aktiebolag, 4 uppl., s. 33 f.). Ett annat synsätt är att låta bedömningen utgå från subjektiva faktorer, såsom att bolagets ställföreträdare medvetet har företagit en värdeöverföring till aktieägaren (se t.ex. Lindskog, Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kap. Kapitalskydd och likvidation, 2 uppl. 1995 s. 41).”[36]

Även i denna del talas alltså om vad som är en värdeöverföring och inte (bara) om vad som är rent affärsmässigt betingat för bolaget. Här redovisas två olika principer för bedömningen. Den ena innebär att en värdeöverföring föreligger om värdet av bolagets prestation överstiger värdet av aktieägarens prestation. En sådan, i någon mening objektiv, princip lämnar dock bara svar på frågan om en överföring av värden föreligger och lämnar frågan om överföringens affärsmässiga

[35] Frågan om rättsverkningarna av en fusion eller delning är en helt annan och mera svårbedömd fråga. Se härom min artikel Civilrättsliga rättsverkningar av fusion och delning, Blendow Lexnova Expertkommentar — Affärsjuridik, maj 2012.
[36] Prop. 2004/05:85 s. 371.

karaktär därhän. Enligt den andra principen skall ”bedömningen utgå från subjektiva faktorer”.[37] Som exempel nämns att avgörande vikt skulle fästas vid om bolagets ställföreträdare medvetet har företagit en värdeöverföring till en aktieägare. Denna i någon mening subjektiva princip behandlar endast frågan om transaktionens affärsmässiga karaktär och kan inte användas vid bedömningen av om någon överföring av värden har ägt rum.

Det låter sig alltså konstateras att de principer som lagstiftaren här uppmärksammat i anslutning till en och samma frågeställning egentligen lämnar svar på olika frågor. De kan ställas emot varandra som alternativa svar på samma fråga endast om den förstnämnda principen uppfattas på det sättet, att överföringar av värden generellt skall anses i aktiebolagslagens mening inte ha rent affärsmässig karaktär för bolaget. Detta skulle innebära att sådana dåliga affärer där det föreligger en diskrepans mellan värdet på parternas prestationer[38] generellt skulle vara att betrakta som inte av rent affärsmässig karaktär för bolaget. En sådan ståndpunkt har dock mig veterligen varken Jan Andersson eller någon annan hävdat. Lagstiftaren, som i allmänna ordalag ansluter sig till det i någon mening objektiva synsättet, söker också en mer nyanserad lösning på problemet. Innan vi går vidare i analysen av förarbetena bör dock innebörden av de realistiska alternativ som utgör — eller i vart fall borde utgöra — föremålet för lagstiftarens diskussion renodlas.

Oavsett hur man vill lösa frågan om en överföring av värden har rent affärsmässig karaktär för bolaget, torde två grundläggande antaganden framstå som oproblematiska. För det första är det fråga om två olika frågeställningar. Den ena av dessa gäller förekomsten av en överföring av värden; den andra gäller överföringens affärsmässighet. För det andra måste den förstnämnda frågeställningen realistiskt sett avgöras på objektiva grunder, till exempel genom ett konstaterande av huruvida en värdediskrepans föreligger. Problematisk är i detta hänseende endast frågan hur överföringens affärsmässighet skall bedömas. Här kan man tänka sig en objektiv eller en subjektiv norm. Det vore därför en fördel om diskussionen kunde begränsas till att gälla den problematiska frågan rörande överföringens affärsmässighet.

På detta sätt har emellertid inte lagstiftaren — i vart fall inte uttryckligen — avgränsat frågeställningarna. I stället behandlas frågan om förekomsten av en värdeöverföring som en enhetlig fråga, vilken skulle kunna ha ett objektivt eller ett subjektivt svar. Men vilken innebörd skulle då dessa alternativ ha? Det är visserligen möjligt att lagstif-

[37] Vissa indikationer på att ett subjektivt rekvisit skulle kunna gälla finns i äldre praxis; se således NJA 1980 s. 311 (s. 316) och NJA 1990 s. 343 (s. 350).

[38] Det är vanligt att man talar om ”dåliga affärer” i allmänhet och vikten av att skilja sådana från utdelning. En affär kan vara dålig av många olika skäl och de flesta av dessa har inte att göra med någon diskrepans mellan värdet på parternas prestationer.

taren trots allt avsett att begränsa sig till frågan om överföringens affärsmässighet. Men även med en sådan tolkning kvarstår i huvudsak samma högst betydande oklarheter.

Det objektiva alternativet innebär tydligen att såväl frågan om förekomsten av en värdeöverföring som frågan om överföringens affärsmässighet skall regleras med objektiva rekvisit. Det subjektiva alternativet innebär å andra sidan att frågan om förekomsten av en värdeöverföring skall avgöras med en objektiv norm (något annat är som redan sagts knappast möjligt), medan frågan om överföringens affärsmässighet skall avgöras med en subjektiv norm.

Oavsett vilken lösning man använder är nog frågan om förekomsten av en värdeöverföring den praktiskt sett mest betydelsefulla. Det måste visserligen antas att de svårigheter som denna fråga ger upphov till främst avser bevisningen, men just dessa svårigheter kan vara nog så stora. Här finns dessutom inte någon regel motsvarande 35:5 RB om skälig uppskattning av omfattningen av en inträffad skada när denna är särskilt svårbevisad att falla tillbaka på.

Frågan om överföringens affärsmässighet uppkommer endast i sådana fall då det trots att en överföring av värden har ägt rum är åtminstone tänkbart att uppfatta avtalet i fråga som rent affärsmässigt betingat för bolaget, dvs. som en dålig affär, i stället för som en värdeöverföring. Den fråga som vi vid den fortsatta läsningen av förarbetena måste ställa oss är därför vilket, om något, av de två angivna alternativen som lagstiftaren ansluter sig till när han i lagens proposition anför följande:

> ”Kommittén har förespråkat att frågan om vad som i det enskilda fallet utgör en värdeöverföring avgörs med hänsyn till värdediskrepansens storlek, transaktionens karaktär, mottagarens relation till bolaget och övriga omständigheter, dvs. i huvudsak objektiva kriterier. Några remissinstanser har i stället förordat att man vid bedömningen i första hand prövar om en värdeöverföring har varit åsyftad från bolagets sida.”[39]

Det anförda torde utgå från en feltolkning av vad remissinstanserna i fråga anfört, vilken får antas vara ett resultat av att lagstiftaren inte — eller i vart fall inte terminologiskt konsekvent — håller de två aktuella frågorna rörande överföring av värden och överföringens affärsmässighet isär.[40] Att frågan om en överföring av värden har ägt rum skulle bedömas utifrån huruvida en värdeöverföring varit åsyftad eller inte är så långsökt att det redan därför måste betraktas som uteslutet att remissinstanserna åsyftat någonting sådant. Säkert har de i stället av-

[39] Prop. 2004/05:85 s. 371.

[40] Talet om att man skulle pröva ”om en värdeöverföring har varit åsyftad från bolagets sida” är ett illustrativt exempel. Som redan har utvecklats ovan innefattar begreppet värdeöverföring i sig att en överföring av värden har ägt rum, vilken inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget. När man således har konstaterat att en värdeöverföring har ägt rum finns det alltså inte längre något skäl att fråga sig om värdeöverföringen är av affärsmässig karaktär. Den frågan måste redan vara avgjord för att man skall kunna konstatera att en värdeöverföring föreligger.

sett att endast överföringens affärsmässighet skall prövas på grundval av bolagets avsikt. Även med en sådan ståndpunkt blir det dock vid denna senare bedömning i huvudsak fråga om objektiva kriterier.

En bevismässig bedömning av en persons avsikt grundas ju inte, som någon gång föreslagits, på någon mätning av personens hjärnvågor där man skulle försöka fastställa vad som skett inne i huvudet på denne. I stället är det fråga om att fastställa ifall omständigheterna (de ”objektiva”) ger stöd för antagandet att personen haft avsikten i fråga. Denna och andra liknande bedömningar sker i stor omfattning i landets domstolar, till exempel vid avgörandet av brottmål.

Vad som i det citerade förarbetsuttalandet avses med ”kriterier” är i och för sig något oklart. Med kriterier avses inom juridiken oftast krav som måste vara uppfyllda för att en viss kvalificering skall vara möjlig och således i grund och botten normer. Kriterier kan emellertid också vara sakomständigheter som utgör kännetecken eller indikatorer på att en företeelse är att hänföra till en viss kategori. De nämnda omständigheterna (värdediskrepansens storlek, transaktionens karaktär, mottagarens relation till bolaget och övriga omständigheter), vilka verkar nämnas som exempel på ”kriterier”, är just sakomständigheter — dvs. bevisfakta eller möjligen rättsfakta — och inte några bedömningsnormer.

De omständigheter som ligger till grund för bedömningen blir naturligtvis i huvudsak objektivt iakttagbara till sin karaktär, oavsett om de ligger till grund för en bedömning enligt en subjektiv eller en objektiv norm. Även antaganden rörande bolagets avsikt grundas ju i regel främst på objektivt iakttagbara bevisfakta.

Om lagstiftaren med ”kriterier” i stället avser de normer enligt vilka bedömningen skall ske, skulle man kunna säga att dessa i huvudsak är objektiva redan därför att huvudfrågan om förekomsten av en överföring av värden avgörs enligt en objektiv norm, oavsett efter vilken norm överföringens affärsmässighet prövas. Ser man däremot till bedömningen av affärsmässigheten kan man tänka sig att tillämpa en subjektiv eller en objektiv norm.

Hur man än vrider och vänder på dessa förarbetsuttalanden, är det uppenbarligen någonting som är fel eller i vart fall oklart i lagstiftarens problembeskrivning och/eller terminologi. Oklarheten om vad som egentligen avses blir inte mindre för att man tar del av lagstiftarens uppenbarligen både motvilliga och ambivalenta ställningstagande till den aktuella frågan (vilken den nu är):

”Enligt vår mening talar övervägande skäl för den lösning som kommittén har förordat, nämligen att frågan i första hand bör avgöras utifrån objektivt iakttagbara kriterier, främst förekommande värdediskrepans mellan parternas prestationer. Det blir då lättare att i det enskilda fallet avgöra om det är fråga om en värdeöverföring eller inte. Att enbart fästa avseende vid förhållandet mellan parternas prestationer skulle emellertid föra för långt. Ett avtal mellan å ena sidan bolaget och å andra sidan en aktieägare eller någon

utomstående, ingånget i god tro, bör inte anses som en värdeöverföring — med de effekter som detta kan få för de involverade — enbart därför att det visar sig att bolaget har gjort en dålig affär. Hänsyn måste också kunna tas till värdediskrepansens storlek och avtalets karaktär liksom till mottagarens relationer till och insyn i bolaget. Hur dessa och andra omständigheter skall vägas mot varandra är emellertid en fråga som inte lämpar sig för reglering i lag utan som bör överlämnas till rättspraxis."[41]

Vid min läsning av den citerade texten inställer sig så många frågor och invändningar att jag har svårt att bestämma mig för var jag skall börja. Tydligt är dock att lagstiftaren med viss bestämdhet avfärdat möjligheten att "enbart fästa avseende vid förhållandet mellan parternas prestationer", dvs. att inte uppställa något krav på att värdeöverföringen saknar affärsmässig karaktär etc. Motsatt ståndpunkt skulle ha varit möjlig att inta, men skulle ha lett till vissa anmärkningsvärda konsekvenser. Det gäller särskilt som värdeöverföringsreglerna omfattar överföringar till andra än aktieägare. Om man tänker sig att bolaget ovetande sålt en guldtacka till en aktieägare för några hundralappar, i den felaktiga tron att den var en attrapp, vore det anmärkningsvärt om avtalet skulle gå åter på grund av att det skulle anses vara fråga om förtäckt vinstutdelning. Om bolaget gjort samma affär med någon som inte var aktieägare vore det mer än anmärkningsvärt.

Vidare kan erinras om att valet av objektiva kriterier före subjektiva är gemensamt för de båda alternativ — det objektiva och det subjektiva — mellan vilka valet står. Detta är uppenbart om med "kriterier" avses omständigheter, men påståendet är sant även om med "kriterier" skulle avses regler. Påståendet att objektiva kriterier underlättar bedömningen i enskilda fall är vidare något av ett skott i mörkret. Om detta vet vi inte mycket förrän vi har sett fallen. Med ungefär lika gott fog kan nog hävdas att subjektiva kriterier underlättar bedömningen. Jag återkommer till denna fråga i nästa avsnitt.

Påståendet att ett avtal som ingåtts i god tro inte bör betraktas som en värdeöverföring *enbart därför att* det visar sig att bolaget gjort en dålig affär (vilket får antas ha att göra med en diskrepans mellan värdet av parternas prestationer) är förbluffande. Att bolaget oavsiktligt har gjort en dålig affär borde över huvud taget inte — som här antyds — kunna utgöra något argument för att en värdeöverföring skulle föreligga, utan borde tvärtom vara ett avgörande argument *emot* ett sådant antagande. Lagstiftaren antyder emellertid att om värdediskrepansen är tillräckligt stor, avtalets karaktär den rätta och medkontrahenten har någon form av i sammanhanget belastande relation till bolaget (kanske är han aktieägare?) och har någon viss grad av insyn i detta, så förvandlas vad som i verkligheten är en dålig affär till en värdeöverföring. Från denna ståndpunkt vill jag med bestämdhet ta avstånd.

[41] Prop. 2004/05:85 s. 372.

Det är slutligen intressant att notera, att lagstiftaren inte helt frånkänner subjektiva omständigheter betydelse för bedömningen. Det handlar ju om ett avtal som har ingåtts i god tro, varför det får antas att utgången, åtminstone under vissa omständigheter, skulle ha blivit en annan om avtalet ingåtts i ond tro, dvs. om bolagets ställföreträdare hade till syfte att gynna bolagets medkontrahent i avtalet. Särskilt mot bakgrund av denna iakttagelse framstår det som oklart vilket av de två ovan diskuterade alternativen som lagstiftaren velat ansluta sig till. Dock fick lagstiftaren också i propositionen tillfälle att ta ställning till och avfärda ett av lagrådet framställt förslag som möjligen i realiteten innebar att en åtminstone i grunden subjektiv norm skulle lagfästas.

I sitt utlåtande över lagrådsremissen föreslog lagrådet att orden

”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget”

i lagtexten skulle ersättas med

”måste antas vara betingad av annat än affärsmässiga skäl för bolaget”.

Som motivering för sitt förslag anförde lagrådet att detta gav bättre uttryck åt den bakomliggande tankegången i äldre rättspraxis samtidigt som bestämmelsen i allt väsentligt behöll sin föreslagna objektiva karaktär.[42] Lagstiftaren avfärdade dock lagrådets ändringsförslag och anförde i anledning av detta följande:

”Mot denna bakgrund föreslog vi i lagrådsremissen att värdeöverföring i lagen skulle definieras som en ’affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget’. Lagrådet har ansett att denna definition inte tillräckligt tydligt ger uttryck för den bakomliggande tankegång som redovisades i lagrådsremissen. Lagrådet har därför i stället föreslagit följande lydelse: ’affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och som måste antas vara betingad av annat än affärsmässiga skäl för bolaget’.

Enligt vår mening kan den formulering som Lagrådet har föreslagit (’betingad av affärsmässiga skäl’) ge intryck av att frågan huruvida en transaktion utgör en värdeöverföring väsentligen skall avgöras med hänsyn till subjektiva faktorer. Såsom vi ovan har uttalat anser vi att frågan i första hand bör avgöras utifrån objektivt iakttagbara kriterier. Vi vill därför fortfarande förorda förslaget i lagrådsremissen.”[43]

Vad som är särskilt intressant i detta uttalande är att lagstiftaren här tar ställning till den subjektiva metoden för bedömningen av affärsmässigheten hos en konstaterad överföring av värden (dvs. metoden med subjektiva rekvisit). En sådan metod anses inte förenlig med att frågan om en transaktion utgör en värdeöverföring väsentligen skall avgöras efter objektivt iakttagbara kriterier. Det följer av vad som tidi-

[42] Se Prop. 2004/05:85 s. 1416.
[43] Se Prop. 2004/05:85 s. 372.

gare sagts att detta uttalande nog inte är helt korrekt. Men vad som är intressant är att det här framgår att den subjektiva metoden inte accepteras som väsentligen avgörande vid bedömningen av affärsmässigheten. Dock kvarstår fortfarande intrycket, att subjektiva inslag i bedömningen inte helt frånkänns betydelse.

Mot bakgrund av detta lagstiftarens ställningstagande till förmån för en objektiv metod finns det särskild anledning att undersöka hållbarheten hos en sådan metod, grundad på lagtextens lydelse i 17:1 första stycket punkt 4 och uttalandena i förarbetena om att bedömningen skall grundas på objektiva kriterier. Här måste först något sägas om hur begreppen ”subjektiv” och ”objektiv” används i anslutning till rättsregler (nästa avsnitt). Dessutom behöver det undersökas vilken rättslig karaktär de omständigheter som lagstiftaren nämner i anslutning till begreppet ”kriterier” kan ha — samt vad som är rekvisit, rättsfakta och bevisfakta i anslutning till 17:1 första stycket punkt 4 och det där uppställda kravet på avsaknad av affärsmässig karaktär (avsnittet efter nästa).

6. Är en ”objektiv” regel generellt bättre än en ”subjektiv”?

När termerna ”subjektiv” och ”objektiv” används i juridiken syftar man oftast på rekvisit i rättsregler eller ibland på bakom rättsreglerna liggande teorier. I det aktuella fallet var grundfrågan för lagstiftaren hur lagtexten skulle utformas och hur de där använda termerna skulle definieras i förarbetena. För rättstillämparen är grundfrågan hur lagen skall tillämpas, vilket är en tolkningsfråga. Det rör sig dock om en tolkningsfråga i juridisk mening. Det innebär att det inte är fråga om att tolka lagen för att försöka fastställa vad dess verklige eller imaginäre avgivare kan ha åsyftat. I stället är uppgiften att *konstruera* rättsregelns närmare innehåll, i praktiken främst dess rekvisit, på ett ändamålsenligt sätt.[44] Vid en sådan konstruktion är lagtextens ordalydelse av stor betydelse. Hänsyn tas också till förarbetena. Men någon absolut bundenhet till lagens ordalydelse föreligger inte. Än mindre är tolkaren strikt bunden av vad som sägs i förarbetena.

Med ”subjektiv” och ”objektiv” kan avses olika saker. Två distinktioner som i det aktuella sammanhanget inte är relevanta — men som ibland på ett vilseledande sätt används som slagträn i debatten — är betydelseparet ”saklig-osaklig” samt betydelseparet ”opåverkad-påverkad av personliga åsikter”. Inte heller betyder detta, att ett rekvisit i en rättsregel är subjektivt, som ibland påstås, att bedömningen skulle ske efter en persons ”subjektiva tyckande”. Termerna subjektiv och objektiv är inom juridiken tekniska termer som uttrycker olika sätt att utforma rättsregler på, men inte säger någonting om huruvida de bedömningar som skall ske är sakliga och objektiva i en mer allmänspråklig mening.

[44] Detta utvecklas närmare i min Praktisk juridisk metod, 6 uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2010, s. 83 f.

Att en regel är subjektiv betyder i grundbetydelsen endast (1) att hänsyn skall — eller kan — tas till de individuella omständigheterna i det särskilda fallet. Termen subjektiv används dock ofta även för regler som innebär (2) att vetskap, oaktsamhet och/eller uppsåt är relevanta som rekvisit. Ett subjektivt rekvisit kan dessutom vara ett rekvisit enligt vilket (3) hänsyn skall eller kan tas till vad som finns ”inne i huvud” på en person, i den mån det kan bevisas.

Frågan om en rättsregel med subjektiva rekvisit är bra eller dålig hänger främst samman med om det går att finna en bättre fungerande regel med enbart objektiva rekvisit. Med en bättre fungerande regel avses en regel som leder till större förutsebarhet i tillämpningen, utan att för den skull alltför ofta leda till olämpliga resultat. Strävan efter att finna väl fungerande och enkelt tillämpbara objektiva rekvisit är inte ny, utan utgör av ålder ett centralt element i den romanistiska rättstradition till vilken den svenska civilrätten hör.

Objektivt utformade rekvisit är att föredra framför allt i rättsregler som reglerar situationer där det finns konkreta omständigheter att anknyta till, vilka inte bara är lättbevisade utan också lämpliga som rekvisit bland annat om man ser till det materiella resultatet av den aktuella rättsregelns tillämpning. Det låter sig dock inte utan vidare antas att objektiva rekvisit generellt eller ens i flertalet fall skulle vara bättre från dessa synpunkter än subjektiva rekvisit.

Inom den svenska akademiska avtalsrätten finns en övertro på betydelsen av ”objektiva” fakta, vilken primärt åtminstone implicit verkar grundas på det i vår tid ganska förbluffande argumentet att det skulle vara omöjligt att vetenskapligt bevisa vad som finns ”inne i huvudet” på en person. Detta argument är emellertid vetenskapligt sett uppenbart irrelevant redan därför att vetenskapen nog visserligen kan falsifiera en teori, men aldrig bevisa dess riktighet. Från vetenskaplig synpunkt finns det nog för övrigt beaktansvärda skäl att ifrågasätta redan existensen av en från subjektet (betraktaren) skild objektivt iakttagbar yttre verklighet.

Avgörande för vad som kan eller inte kan bevisas i domstol är nog snarare praktiska faktorer än vetenskapsteoretiska spekulationer á la 1800-tal. En mycket viktig sådan faktor är det sätt på vilket den mänskliga hjärnan fungerar. Denna faktor kan nog redan i sig leda till att ”subjektiva” omständigheter i praktiken ofta är mer lättbevisade — eller i vart fall lättare att hantera vid bevisvärderingen — än ”objektiva”. Under alla förhållanden måste det rimligen antas att de säregna villkor och begränsningar som gäller för bevisupptagning i domstol i sig är ägnade att leda till att olikheten mellan objektiva och subjektiva bevistemata i praktiken blir av mindre betydelse. Till detta skall jag strax återkomma.

Det största problemet med objektivt utformade rättsregler är antagligen att de är ”fyrkantiga”, såtillvida att de inte tar hänsyn till de individuella omständigheterna i de till bedömning uppkommande fal-

len. Därför riskerar de inte endast att leda till olämpliga resultat. De skapar ofta också goda möjligheter för en kunskapsmässigt överlägsen part att dra fördel av regelsystemet genom att på olika sätt anpassa sina rutiner för avtalsslut efter reglerna. Därför finns det alltid, när objektivt utformade regler förespråkas, i bakgrunden en misstanke om att den som förespråkar dem i själva verket är talesman för ett ekonomiskt starkt särintresse.

Tyvärr är dessutom detta någonting som vi allt oftare ser i dagens samhälle: Kriminella element, som gör en affärsverksamhet av att professionellt utnyttja olika regelsystem i brottsliga syften, undviker skickligt allt som kan ge anledning till misstankar och uppfattas därför som hederliga, i vart fall ända tills bluffen någon gång avslöjas. Hederliga medborgare begår däremot olika mänskliga misstag, som leder till att de lätt fastnar i olika säkerhetskontroller och därför blir oskyldigt misstänkta för brott eller andra oegentligheter.

I anslutning till olovliga värdeöverföringar är det närliggande att anta att kriminella aktörer som väl känner reglernas utformning vet hur de skall göra för att tömma ett bolag på pengar utan att en olovlig värdeöverföring ens misstänks, medan mindre skickliga hederliga aktörer som råkar göra en dålig affär oftare ger upphov till sådana misstankar. Subjektivt utformade regler kan bidra till att rikta domstolarnas uppmärksamhet mot ett vidare spektrum av relevanta omständigheter, vilket kan leda till att de inte låter sig manipuleras lika lätt.

Subjektiva rekvisit har dessutom den fördelen att de är mer flexibla genom att de möjliggör hänsynstagande till just sådana omständigheter i det individuella fallet som kan få till konsekvens att en objektiv regel leder till olämpliga resultat och kanske också skapar missbruksmöjligheter.

Ibland ser man påståenden om att subjektiva rekvisit är särskilt svårbevisade och att de regler som innehåller sådana rekvisit därför skulle vara särskilt svårtillämpade. Man måste dock skilja mellan rekvisit som är svåra att bevisa — vilka väl om något gör en regel lättare och inte svårare att tillämpa, eftersom bevisbörderegler då oftast blir avgörande(!) — och rekvisit som är svåra att tillämpa.

Dessutom måste man fråga sig vad som avses med att en rättsregel är svårtillämpad. Ett rekvisit i en rättsregel har inte till huvuduppgift att underlätta livet för domstolarnas domare, även om detta naturligtvis också kan vara ett önskemål, utan att styra dem i deras rättstillämpning, så att resultatet blir det önskade. Ett rekvisit som på ett effektivt sätt styr domarnas rättstillämpning och ställer krav på deras bedömningar upplevs troligen ofta av dessa som mindre lättillämpat än ett rekvisit som är så intetsägande att det lägger avgörandet helt och hållet i domstolens hand. Men detta är inte något bra argument för intetsägande rättsregler.

Den då och då uttryckta uppfattningen, att bedömningen enligt en objektivt utformad rättsregel skulle leda till säkrare resultat, är vidare

otillräckligt underbyggd. Den förutsätter således att den bevisning som föreläggs domstolen är rättvisande till urval och innehåll samt att domstolens bedömning på grundval av bevisningen är korrekt. Till exempel förutsätts att vittnen vet vad de talar om och att de håller sig till sanningen samt att tekniskt och ekonomiskt sakkunniga och andra som producerat den skriftliga bevisningen har gjort ett gott jobb och levererat en rättvisande och för domstolen begriplig presentation.

Den kedja av händelser, iakttagelser eller mätningar, bedömningar, muntliga och skriftliga utsagor samt andra bevismedel och bevisvärdering som leder fram till domstolens ställningstagande kan ofta bestå av så många svaga länkar att det relativt sett är av mindre betydelse om rekvisitet i fråga är objektivt eller subjektivt. Det är inte heller svårt att tänka sig att beviskedjan typiskt sett kan vara längre och osäkerhetsfaktorerna därmed fler och mer betydande för ett objektivt rekvisit, som anknyter till en enda omständighet som måste bevisas, än för ett subjektivt, där bedömningen grundas på ett större antal olika omständigheter och att en bedömning enligt det objektiva rekvisitet därför oftare leder till ett oriktigt resultat. Under alla förhållanden är detta faktorer som måste tas med i bedömningen när man frågar sig vilken typ av rättsregler som leder till säkrast resultat.

Ett annat vanligt problem med objektivt utformade rättsregler är att de ibland tenderar att bli innehållslösa och därför leda till bristande förutsebarhet av det skälet.

Min slutsats är att objektivt utformade rekvisit naturligtvis är att föredra när det finns objektiva omständigheter som en rättsregel kan anknyta till och regeln därefter uppfyller de krav som måste ställas på det materiella resultatet, förutsebarhet m.m. Detta är nog något som de flesta i princip alltid har varit överens om. Däremot finns det inte anledning att, såsom på senare år allt oftare skett, driva önskemålet om objektiva rekvisit därhän att subjektivt utformade rekvisit generellt skulle avfärdas som olämpliga. Det är således uppenbart orimligt att tro att objektiva rekvisit alltid är bättre än subjektiva. Lika orimligt är att hävda att man till varje pris alltid måste använda objektiva rekvisit, även när dessa är innehållslösa eller av annat skäl inte fungerar och oavsett om det finns subjektivt utformade rekvisit som fungerar bättre.

När det gäller rekvisitet ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” har jag svårt att se hur det över huvud taget skulle kunna få ett meningsfullt innehåll — dvs. betyda någonting i sig självt och inte bara till följd av uttalanden i olika rättskällor om hur det skall tillämpas — om rekvisitet inte uppfattas som subjektivt.

7. Vilken rättslig natur har lagstiftarens ”objektivt iakttagbara kriterier”?

Enligt propositionen skall som framgått bedömningen av transaktionens affärsmässighet för bolaget göras utifrån objektivt iakttagbara ”kriterier”. Dessa är främst förekommande värdediskrepans, avtalets ka-

raktär, mottagarens relation till bolaget och insyn i bolaget och övriga omständigheter. En intressant fråga blir vilken rättslig karaktär dessa lagstiftarens ”kriterier” i form av omständigheter har. Här finns i huvudsak tre olika möjligheter.

För det första kan man tänka sig att lagtextens rekvisit skall kompletteras med kriterier i betydelsen av *normer* (i vid mening), vilka ger närmare besked om de omständigheter under vilka en affärshändelse skall bedömas som rent affärsmässig för bolaget. Kriterierna blir med denna tolkning rekvisit i en rättsregel. Detta förefaller dock inte vara vad lagstiftaren har avsett. Som redan påpekats är ju de ”kriterier” som nämns i propositionen inte kriterier i betydelsen av normer, utan sakomständigheter. Man kan i och för sig tänka sig att ha normer som är kopplade till dessa omständigheter, men några sådana formuleras varken i lagen eller i propositionen. Sådana kriterier är inte heller ”objektivt iakttagbara”, utan detta uttryck torde vara förbehållet sakomständigheter. Det måste därför antas att lagstiftaren med ordet ”kriterier” menat sakomständigheter.

Betydelsen av ”kriterierna” prövas oavsett detta ytterst i rättegång. Rättsligt relevanta omständigheter kan vara av tre principiellt skilda slag: rättstillämpningsfakta, omedelbart relevanta omständigheter eller rättsfakta och medelbart relevanta omständigheter eller bevisfakta. Möjligheten att det skulle vara fråga om rättstillämpningsfakta, dvs. omständigheter i ett mål som får betydelse som underlag för domstolens konstruktion eller precisering av en rättsregel,[45] kan här avfärdas. För det andra är det därför tänkbart att lagstiftarens lista med ”kriterier” helt enkelt utgör en uppräkning av de *rättsfakta* på vilka han menar att bedömningen av en transaktions affärsmässighet åtminstone normalt skall grundas. Om så är fallet är det dock mycket anmärkningsvärt att lagtexten utformats så som skett. Det saknas helt enkelt rationell grund för att anta att lagstiftaren med lagens formulering siktat på rättsfakta i form av sådana omständigheter som han benämner ”kriterier”. Även denna möjlighet kan därför enkelt avfärdas.

En tredje möjlighet är att ”kriterierna” utgör de *bevisfakta* på vilka bedömningen av om relevanta rättsfakta är uppfyllda skall grundas. En sådan tolkning är antagligen principiellt möjlig och redan därför avsevärt troligare än de övriga två tolkningsmöjligheterna. Den är dock knappast helt invändningsfri. En sak är att fri bevisprövning råder och att det således ankommer på domstolen att bedöma vilken bevisning som är relevant och vilken tyngd den skall tillmätas. Visst kan anvisningar för bevisvärderingen ges i förarbetena till en lag, men de torde inte av domstolarna uppfattas som bindande på samma sätt som anvisningar rörande hur en rättsregels rekvisit eller dess materiella innehåll i övrigt är att förstå. Särskilt problematiska blir sådana anvisningar från denna synpunkt när lagens rekvisit som i det aktuella

[45] Se härom Lehrberg, B, Praktisk juridisk metod s. 88–90.

fallet saknar ett självständigt meningsinnehåll, vilket kan bidra till att skapa ett rationellt och begripligt samband mellan lagtextens ord och lagstiftarens rekommendationer i förarbetena.

Eftersom lagstiftarens ”kriterier” är så svåra att på ett tillfredsställande sätt passa in i det processrättsliga regelsystemet, måste frågan ställas om en ”objektiv” bedömning av rekvisitet rörande affärshändelsens affärsmässiga karaktär över huvud taget är möjlig. En sådan bedömning skulle kunna tänkas i olika former.

8. Skulle en ”fullständigt objektiverad” norm vara möjlig att upprätthålla?

Bestämmelsen i 17:1 punkt 4 hänvisar visserligen till affärshändelsens bristande affärsmässiga karaktär, men avser då inte dess karaktär som sådan utan dess karaktär för bolaget. Detta innebär ett visst avsteg från den strikt objektiva ståndpunkten. Med hänsyn till de ovan konstaterade svårigheterna att omsätta den valda ståndpunkten i praktiken finns det emellertid anledning att ifrågasätta om inte regeln i stället skulle kunna vara fullt ut objektiverad.

Kan man alltså i stället rikta in sig på affärshändelsens karaktär som sådan? En rättshandling — som ju är vad affärshändelsen i regel (eller kanske rentav nästan undantagslöst) utgörs av — kan naturligtvis ha ett syfte (eller kanske bättre uttryckt: ändamål) som sådan. De som argumenterat för en subjektiv tolkning av 17:1 första stycket punkt 4 (mer om detta i det följande), har inte argumenterat för att det är rättshandlingens syfte (eller ändamål) som sådan som skall vara avgörande — en sådan tolkning är tvärtom bäst förenlig med det objektiva synsättet — utan har i stället tagit fasta på vad som är bolagets syfte med rättshandlingen. Detta är emellertid någonting helt annat.

Den klassiska definition av begreppet rättshandling som ges i avtalslagens förarbeten omfattar alla viljeförklaringar som har till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande.[46] Som en särskild kategori av rättshandlingar brukar dessutom nämnas viljeförklaringar som har till syfte att bevara ett rättsförhållande, till exempel reklamation och preskriptionsavbrott.[47] Denna definition illustrerar på ett belysande sätt vad som avses med en rättshandlings syfte som sådan. Detta syfte är regelmässigt att åstadkomma just den rättsföljd som inträder när rättshandlingen — dvs. en rättshandling av aktuell typ — företas; en ändring eller en utebliven ändring av ett rättsförhållande som redan existerar eller som tillskapas genom rättshandlingen.

Om man däremot ser till den rättshandlandes syfte med en rättshandling, går detta regelmässigt längre än till att åstadkomma den förändring i rättsläget som är rättshandlingens syfte som sådan och

[46] Se NJA II 1915 nr 5 s. 232. Se också Almén, T, Eklund, R, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, 9 uppl., Norstedts, Stockholm 1968, s. 97.

[47] Se Grönfors, K, Avtalslagen, 3 uppl., Norstedts, Stockholm 1995, s. 139 f. samt NJA II 1915 nr 5 s. 233 och Almén, Eklund, Lagen om avtal s. 99.

som förverkligas redan i och med att rättshandlingen företas. Ett rättsförhållande grundläggs, förändras, upphävs eller bevaras vanligen för att någon skall vinna en viss fördel med rättsförhållandet eller undslippa en viss nackdel av detta. Något förenklat kan man säga att rättshandlingens syfte är att åstadkomma en viss rättslig effekt, medan den rättshandlandes syfte är vad denne vill uppnå genom att åstadkomma denna effekt. Den rättshandlandes syfte går alltså regelmässigt längre än till att rättshandlingens rättsverkan skall inträda.

En rättshandlings rättsverkan är emellertid i regel inte i sig affärsmässig eller icke affärsmässig, utan blir det endast om och när den ställs i relation till de vidare effekterna av rättshandlingens rättsverkningar för den rättshandlande. Ett köpeavtal där ett aktiebolag till underpris säljer egendom till en aktieägare har naturligtvis inte som sådant till syfte att överföra värden från aktiebolaget till aktieägaren. Rättshandlingens syfte som sådan utgörs endast av utbytet av äganderätten till den sålda egendomen mot ersättning i pengar. Vad aktiebolaget syftade till genom att företa rättshandlingen och på så vis förverkliga dess syfte är en annan fråga. Det är svaret på den frågan som lagtexten syftar på med uttrycket ”rent affärsmässig karaktär för bolaget” — i den mån detta uttryck skall uppfattas som syftande på en subjektiv norm.

Det ovan nämnda överlåtelseavtalets syfte låter sig alltså inte som sådant klassificeras som affärsmässigt eller icke affärsmässigt. En sådan bedömning vore nämligen liktydig med att säga att fråga är om ett köp, att ett köp per definition sker mot vederlag och att varje köp följaktligen logiskt sett måste vara betingat av affärsmässiga skäl.

Det förda resonemanget illustrerar ytterligare den grundläggande svårigheten med den strävan som uppenbarligen finns i aktiebolagslagens förarbeten, att framställa rekvisitet ”rent affärsmässig karaktär för bolaget” som ett objektivt rekvisit. En rättshandlings karaktär sammanhänger vanligen med ett syfte. Ett syfte kräver logiskt sett ett subjekt eller i vart fall ett viljeuttryck ur vilket syftet kan utläsas. Eftersom det har framkommit att rättshandlingens syfte som sådan inte är användbart som grund för konstruktionen av ett syfte som låter sig kvalificeras som affärsmässigt eller icke affärsmässigt, saknas en fast hållpunkt för en sådan fullständigt objektiverad norm som här diskuteras. Denna lösning måste alltså förkastas.

9. Förarbetenas mellanlösning

Som framgått innebär den i förarbetena förfäktade lösningen på frågan om affärshändelsens affärsmässiga karaktär att denna i första hand bör avgöras utifrån objektivt iakttagbara kriterier, främst förekommande värdediskrepans mellan parternas prestationer. Innebörden av denna lösning utvecklas ytterligare i specialmotiveringen till 17:1 aktiebolagslagen. Utgångspunkten är i grundbetydelsen subjek-

tiv: bedömningen skall göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.[48]

Någon för rättstillämpningen användbar definition av lagtextens något allmänt uttryckta krav på avsaknad av affärsmässighet innehåller dock inte förarbetena. Inte heller finns där några uttalanden om syftet med bestämmelsen i fråga som skulle kunna ge vägledning vid dess tillämpning. I stället nöjer sig lagstiftaren med att uttala att frågan får avgöras

”främst med hänsyn till utåt iakttagbara omständigheter kring händelsen”

varvid

”särskild betydelse får tillmätas skillnaden mellan parternas prestationer (värdediskrepansen)”.[49]

Att en transaktion är oförmånlig för bolaget och förmånlig för medkontrahenten är dock enligt förarbetena inte i sig avgörande:

”En ’dålig affär’ är sålunda inte någon värdeöverföring i paragrafens mening.”[50]

Inte heller begreppet ”dålig affär” definieras dock, vilket måste betraktas som olyckligt med hänsyn till att det främst är just gränsdragningen mellan dåliga affärer och andra transaktioner med liknande effekter, vilka ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” som kan antas vålla svårigheter.

Av stor betydelse är enligt förarbetena om transaktionen ”framstår som förenlig med den verksamhet som bolaget normalt bedriver”. ”Utgör den ett normalt led i verksamheten får den anses ha affärsmässig karaktär.”[51] Inte heller detta utgör emellertid någon klar och entydig riktlinje. Klart är visserligen att särskilda uppgörelser av engångskaraktär kan vara mer ägnade att väcka misstankar än en uppgörelse som utgör en bland många. Men av det förhållandet att försäljning av jackor utgör ett normalt led i verksamheten i ett företag kan inte rimligen utan vidare följa att ingen värdeöverföring föreligger när en jacka säljs med viss rabatt. Här borde det dock vara lättare att avgöra om en värdediskrepans föreligger än i många andra fall, eftersom man kan jämföra med de rabatter som vanligen lämnas.

Vid bedömningen av en transaktions affärsmässighet kan det vidare enligt förarbetena finnas skäl att väga in sådant som

”dess rättsliga form (köp, pant, borgen, löneutbetalning, etc.) och mottagarens relation till bolaget (vilket faktiskt inflytande eller formell ställning han eller hon har i bolaget)”.

[48] Prop. 2004/05:85 s. 748.
[49] Prop. 2004/05:85 s. 748.
[50] Prop. 2004/05:85 s. 748.
[51] Prop. 2004/05:85 s. 748.

Här förespråkas en särbehandling av aktieägare i fåmansbolag:[52]

”Om det är fråga om en transaktion mellan en aktieägare i ett fåmansbolag och dennes bolag, torde redan en ganska liten skillnad mellan parternas prestationer ge anledning att betrakta transaktionen som en värdeöverföring, eftersom det i den situationen typiskt sett finns anledning att anta att syftet med transaktionen är att gynna ägaren. En transaktion som samma bolag genomför med en utomstående person kan däremot innefatta större skillnader mellan parternas prestationer men ändå inte vara att anse som en värdeöverföring. Bedömningen måste grundas på förhållandena i det enskilda fallet.”

Att högre krav skall ställas för att ”godkänna” en transaktion mellan aktieägaren och bolaget i ett fåmansbolag torde vara vedertaget. Trots det kan man emellertid fråga sig om det verkligen är befogat. Om en transaktion har ansetts inte innefatta en värdeöverföring när den skett till en utomstående borde, kan man tycka, detta vara ett prejudikat som även aktieägaren måste få åberopa. Från rättspolitisk synpunkt finns det dessutom skäl att främja — snarare än att motarbeta — de små företagen. Även motiveringen att det typiskt sett finns anledning att anta att syftet med transaktionen skulle vara att gynna ägaren kan ifrågasättas. Det finns gott om fördomar om särskilt småföretagares ohederlighet, men detta är knappast något argument för att lagstiftare och domstolar skall späda på dessa genom en diskriminerande behandling av denna grupp.

I förarbetena antyds dock att särbehandlingen kan bli mindre ingripande om en aktieägare agerar

”i annan egenskap gentemot bolaget än såsom aktieägare, t.ex. som anställd”.[53]

Nu torde det väl dock vara så, att en aktieägare som ingår avtal med bolaget om något som inte har med aktieägandet att göra i princip alltid agerar i annan egenskap än aktieägare. I förarbetena uttalas vidare, också något förbryllande:

”Om lönen är en direkt följd av anställningsförhållandet och inte ligger över marknadsmässig nivå, blir den emellertid inte att anse som en värdeöverföring. Detsamma gäller sedvanliga affärstransaktioner mellan bolaget och aktieägarna på marknadsmässiga villkor.”[54]

Såvitt jag förstår borde det i dessa fall vara uteslutet att fråga är om en värdeöverföring redan därför att villkoren är marknadsmässiga, varför det åtminstone i princip inte spelar någon roll om det är fråga om en anställning eller någon annan sedvanlig affärstransaktion.

[52] Prop. 2004/05:85 s. 748.
[53] Prop. 2004/05:85 s. 748.
[54] Prop. 2004/05:85 s. 748.

Sammanfattningsvis måste det om förarbetenas utläggningar rörande affärsmässighetsrekvisitet sägas, att rekvisitet saknar tillräcklig substans i lagen och att förarbetena inte direkt bidrar till att klargöra rekvisitets innebörd. Inte heller kastar de något ljus över vilka syften som uppbär rekvisitet. I stället uppehåller de sig vid andra frågor. Riktigt hur de uttalanden som görs skall förstås och vilken betydelse de bör tillmätas blir dock avhängigt av hur de mer centrala frågorna om rekvisitets innebörd och regelns syfte besvaras.

10. Kan en i grunden subjektiv norm objektiveras genom anknytning till bolagsverksamhetens syfte?

Om en subjektiv norm tillämpas finns en självklar utgångspunkt i den rättshandlandes syfte med rättshandlingen i fråga. Detta syfte är, till skillnad från rättshandlingens syfte som sådan, till sin natur sådant, att det principiellt låter sig kvalificeras som affärsmässigt eller icke affärsmässigt. (Att gränsfall kan förekomma är naturligtvis en annan sak.)

Till detta kommer att även med en subjektiv norm, dvs. en sådan som anknyter till den rättshandlandes syfte, kommer flertalet för bedömningen relevanta sakomständigheter att vara objektivt iakttagbara till sin natur. Med en subjektiv norm står det klart att dessa relevanta sakomständigheter har den rättsliga karaktären av bevisfakta, medan den rättshandlandes avsikt utgör rättsfaktum. Med en objektiv norm blir den rättsliga karaktären hos dessa sakomständigheter oviss helt enkelt därför att regelns mest centrala element — rekvisitet bakom den substanslösa etiketten ”affärsmässig” — saknas. Den bedömning som skall görs i enlighet med motivens anvisningar blir alltså kanske med nödvändighet i grunden subjektiv.

Även med en norm som utgår från bolagets syfte med rättshandlingen — och i denna mening är subjektiv — finns dock utrymme för en viss objektivering. En sådan torde främst ske genom att man fokuserar på bolagets syfte som kontrast till de rättshandlande personernas avsikter. Som affärsmässiga torde med ett sådant synsätt endast kunna bedömas sådana åtgärder, vilka inom ramen för en affärsverksamhet (antagligen i vid mening) gynnar — eller i vart fall avses gynna — det syfte för vilket verksamheten i aktiebolaget bedrivs.

I flertalet aktiebolag är syftet i enlighet med den dispositiva regeln i 3:3 aktiebolagslagen att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna. I dessa fall måste det finnas något för aktiebolaget och därmed indirekt för dess aktieägare att vinna på den transaktion som medför överföringen av värden. Är så inte fallet kan den inte betraktas som affärsmässig. Det räcker till exempel inte att en åtgärd gynnar en eller flera ledamöter i bolagets styrelse eller dess verkställande direktör, om inte åtgärden också, direkt eller indirekt, kan anses gynna bolaget. Detsamma torde gälla med avseende på övriga intressegrupper i aktiebolaget. Bolaget kan inte överföra medel till borgenärer, leverantörer,

anställda, det allmänna etc. och hävda att förmögenhetsöverföringen är affärsmässigt betingad bara därför att mottagaren är en av intressenterna i bolaget.

Naturligtvis räcker det inte heller att aktieägarna gynnas. Det är ju just ett sådant gynnande — på bolagets bekostnad — som värdeöverföringsreglerna primärt avser att träffa. Vare sig dessa gynnas direkt genom formenlig vinstutdelning eller indirekt genom någon form av förtäckt sådan blir det fråga om en värdeöverföring i lagens mening.

I andra fall är bolagssyftet helt eller till viss del ett annat är att gynna aktieägarna — till exempel att understödja en viss ideell verksamhet eller att gynna ett allmänt intresse. Även i sådana fall måste utgångspunkten vara att det aktuella intresset måste gynnas genom att det får del av frukterna från bolagets affärsverksamhet. Emellertid tillåter lagen gåvor för allmännyttiga ändamål. Det torde därför finnas åtminstone något utrymme för att bedöma ett indirekt gynnande av ett sådant ändamål genom en förmögenhetsöverföring till annan som tillåtet.

En grund för att en överföring av värden framstår som affärsmässig skulle naturligtvis kunna vara att den långsiktigt anses gynna bolagets affärsmässiga intressen. Således kan ett aktiebolag, till exempel med ett aktieägartillskott eller ett lån, stöda ett annat bolag för att skydda sina egna affärsmässiga intressen. En borgenär kan naturligtvis ha ett intresse av att säkra gäldenärens överlevnad, till exempel genom ett lån avsett att överbrygga en likviditetsbrist som bedöms vara av tillfällig natur. En beställare kan också ha ett intresse av att på motsvarande sätt säkra en leverantörs överlevnad, för att trygga sina leveranser — och därmed intäkterna — för framtiden. Ett sådant intresse kan finnas även om leverantören är insolvent och lånet därför blir att betrakta som en värdeöverföring, ifall det nu inte skulle bedömas ha rent affärsmässig karaktär för bolaget.

Ett understöd till en viss verksamhet torde kunna vara affärsmässigt även om gäldenären eller leverantören har trätt i likvidation eller försatts i konkurs. Till exempel skulle ett aktiebolag, för att säkra sina framtida leveranser, kunna bidra till att en rörelse rekonstrueras eller i vart fall överlever så pass länge att bolaget hinner förvärva rörelsen innan denna hunnit skadas och förlora i värde på grund av ägarens insolvens.

Däremot torde det normalt inte kunna anses som rent affärsmässigt betingat att ett aktiebolag lämnar ett lån eller tillskott i syfte endast att åstadkomma att ett annat företag likvideras i stället för att gå i konkurs. I ett sådant fall står det nämligen i regel klart att pengarna är förlorade och att inga förmåner för bolaget säkras. I så fall finns det inte några möjligheter att aktiebolaget skulle kunna få någon ”utdelning” på sin ”investering”, såsom i exemplen ovan i form av betalning för lånet eller fortsatta leveranser. Annorlunda kan det naturligtvis förhålla sig om bolaget genom att ingripa och hindra konkurs skapar

möjligheter för sig självt eller någon påtänkt framtida samarbetspartner att överta rörelsen i fråga på förmånliga villkor.

Undantag skulle möjligen också kunna tänkas för fall där sambandet mellan aktiebolaget och det andra företaget är så starkt, att en konkurs skulle få svåra konsekvenser i form av förlorad goodwill etc. för bolaget. Två närstående företag har till exempel samma eller likartade firmor och varumärken. Sådana situationer brukar dock ofta kunna lösas på annat sätt, till exempel genom att det insolventa bolaget byter firma och överlåter varumärkena till marknadspris innan konkursbeslutet.

Om ett aktiebolag står inför sin avveckling genom likvidation eller konkurs, blir naturligen utrymmet för affärsmässigt syftande åtgärder i bolaget avsevärt snävare. Ett aktiebolag torde till exempel inte kunna medverka till en värdeöverföring i syfte att på aktieägarnas bekostnad åstadkomma att bolaget avvecklas genom likvidation i stället för konkurs. Detta har nämligen inga implikationer på affärsverksamheten i aktiebolaget och påverkar inte heller utfallet av bolagets avveckling i en för aktieägarna gynnsam riktning.

Det anförda torde vara tillräckligt för att illustrera innebörden av och nyttan med att koppla bedömningen av en transaktions affärsmässighet till bolagssyftet. En sådan koppling gör det inte bara lättare att motivera slutsatser som redan rent intuitivt framstår som självklara. Den tillför faktiskt också viss substans till det annars så obestämda affärsmässighetsrekvisitet. Samtliga eller flertalet ovan angivna slutsatser torde dessutom vara svårbestridliga till sin riktighet oavsett vilken metod man ansluter sig till. Dessutom innebär den nämnda kopplingen obestridligen i viss mening en objektivering av bedömningsnormen.

Frågan är emellertid om denna objektivering har så mycket att göra med distinktionen mellan en subjektiv och en objektiv norm i de betydelser som dessa begrepp tillagts i det föregående. De framkomna argumenten och slutsatserna är antagligen tvärtom lika relevanta oavsett vilken av dessa normer som man tillämpar.

11. Närmare om valet mellan en subjektiv och en objektiv norm

Valet mellan en subjektiv och en objektiv norm ställs på sin spets när man skall skilja mellan fall då bolaget har förlorat pengar till följd av en dålig affär och fall då bolaget har förlorat pengar till följd av en olovlig förtäckt värdeöverföring. Här är grundproblemet att situationerna kan vara helt identiska till det yttre, men ändå ha uppkommit till följd av helt olika motiv. Kan eller skall man i så fall ta hänsyn till motivet? Eller kan eller skall man bortse ifrån det?

Möjligen skulle kunna hävdas att problemet inte är av någon större betydelse, bland annat därför att det ofta finner sin lösning enligt andra regler eller vid domstolarnas bevisvärdering. En avsikt att gynna medkontrahenten kan vara svår att styrka, om inte sådana objektiva omständigheter som nämns i förarbetena (betydande avvikelse från

marknadsmässiga villkor, ägande, inflytande, insyn etc.) kan styrkas. Om å andra sidan sådana omständigheter föreligger, kan det vara svårt att motbevisa ett påstående om en sådan avsikt. Därför skulle avsikten i sig i praktiken vara av mindre betydelse.

Anta att ett aktiebolag ägnar sig åt att sälja nya bilar. Det hos bolaget listade priset på en viss bil är 450 000 kr. Många köpare köper bilen för detta pris, men de flesta vill pruta till 440 000 kr, vilket regelmässigt medges. Andra vill dock pruta mer och bolagets hemliga policy är att om det är absolut nödvändigt för att ro affären i hamn medge en prutning till 350 000 kr. Det hittills lägsta tillämpade priset är dock 420 000 kr. Bolagets verkställande direktör säljer nu under samma dag två bilar för vardera 350 000 kr. Den ena säljer han till vänskapspris till sin granne och bästa vän, den andre säljer han i enlighet med bolagets nyssnämnda policy till en av bolagets större aktieägare efter långdragna förhandlingar där aktieägaren behandlas som vilken annan köpare som helst.

Sedan bolaget gått i konkurs väcks talan om återgång av båda dessa försäljningar enligt bland annat vinstutdelningsreglerna. I båda processerna blir det styrkt att marknadsvärdet är 440 000 kr. Här kommer antagligen talan mot aktieägaren att bifallas, medan talan mot grannen ogillas. Att det låga priset i avtalet med grannen var avsett som en gåva går inte att styrka i processen. Däremot bedöms avtalet med aktieägaren på objektiva grunder (ägande, inflytande, insyn etc.) utgöra en förtäckt värdeöverföring, trots att det blir styrkt att ingen avsikt att gynna aktieägaren fanns. Domstolen dömer således ”fel” i båda målen, om man ser till hur utfallet skulle ha blivit om en subjektiv norm hade tillämpats och alla relevanta fakta hade blivit styrkta. Kanske är dock detta något som man kan leva med?

Utfallet i målet mot grannen beror på bevissvårigheter och skulle inte ha blivit annorlunda om en subjektiv norm hade tillämpats. Om vi däremot tänker oss att avsikten att gynna grannen blivit styrkt, skulle en ogillande dom i målet mot denne ha framstått som direkt stötande. Mot detta argument kan möjligen anföras att sådana subjektiva omständigheter sällan kan styrkas. Men den fråga som här måste ställas är en annan: Hur bör bedömningen utfalla när de faktiskt blivit styrkta? I andra fall spelar det ju knappast någon roll om man väljer en subjektiv eller en objektiv norm.

En ogillande dom i målet mot aktieägaren skulle, kan det hävdas, ha kunnat se illa ut utåt, eftersom en misstanke kunde uppkomma om att köparens egenskap av aktieägare ändå på något sätt påverkat avtalsslutet. Frågan är emellertid om detta är ett rimligt argument för att döma till återgång av ett korrekt ingånget avtal. Som redan antytts kan lämpligheten av en rättsprincip som kan uppfattas som grundad på antagandet att en viss yrkesgrupp (småföretagare) är mer ohederliga än andra ifrågasättas.

De ovan nämnda exemplen är sådana där det finns visst utrymme för diskussion om huruvida en objektiv norm kanske bör tillämpas trots förekomsten av bevisade subjektiva omständigheter som talar i motsatt riktning. Exemplen är dock därmed inte typiska exempel där frågan huruvida subjektiva omständigheter skall beaktas eller inte renodlat ställs på sin spets.

Låt oss därför vidare anta att ett aktiebolag genom två särskilda avtal har sålt teckningsrätter i en nyemission med komplicerade villkor till två olika personer, vilka på intet sätt är närstående till bolaget. I båda fallen innebär avtalet att priset motsvarar endast två tredjedelar av teckningsrätternas marknadsvärde. I det ena avtalet har bolagets representant räknat slarvigt och därför underskattat teckningsrätternas värde. Bolaget har alltså till följd av inkompetens gjort en dålig affär. I det andra fallet har bolagets representant avsiktligt gynnat medkontrahenten, som är en god vän till bolagets största aktieägares svärfar. Avsikten var således att företa en förtäckt värdeöverföring.

Strax efter dessa avtalsslut går bolaget i konkurs, varefter konkursboet väcker talan mot de båda medkontrahenterna med yrkande om återgång av försäljningarna. Allt det som nämnts ovan blir bevisat i processen. Att bolaget enligt värdeöverföringsreglerna skall kunna komma ifrån avtalet där bolaget gjort en felräkning är knappast rimligt. Lika orimligt vore det om det andra avtalet blev bestående. Det enda som skiljer fallen åt är emellertid att det i det sistnämnda fallet fanns en avsikt att gynna mottagaren. Att bortse från de subjektiva faktorerna skulle tydligen leda till orimliga resultat i de enskilda fallen. Det måste antas att flertalet av de fall där utfallet skulle bli olika med en subjektiv respektive en objektiv norm är av denna karaktär. Detta utgör ett starkt — kanske rentav avgörande — argument till förmån för en subjektiv norm.

Resonemanget illustrerar också att en mindre långtgående objektivering, där man utgår från vad som *verkar vara* syftet om man ser på transaktionen i dess kontext, inte heller alltid leder till godtagbara resultat. Vill man undvika stötande resultat i enskilda fall måste hänsyn tas till de individuella förhållandena på ett sådant sätt som endast sker när en subjektiv norm tillämpas.

I de fall då inga individuella omständigheter föreligger att ta hänsyn till får man, vid tillämpningen av en subjektiv norm, utgå ifrån vad som framstår som det i allmänhet naturliga i en situation som den aktuella. Då kommer kriterier av den typ som förordas i förarbetena att bli avgörande som bevis för vilken avsikten varit. En objektiv och en subjektiv norm leder i dessa fall till samma resultat, varför det saknas rationella argument för att prioritera en objektiv norm just i dessa fall.

En subjektiv norm bör rimligen anknyta till vad som varit bolagets avsikt eller i vart fall dess uppsåt med transaktionen. Att bolaget endast bort inse att transaktionen skulle medföra en vederlagsfri över-

föring av värden är uppenbarligen inte tillräckligt för att motivera att transaktionen anses sakna rent affärsmässig karaktär för bolaget. En sådan regel skulle ju till exempel leda till återkrav i åtskilliga fall av dåliga affärer, där bolaget bort förstå att det gjorde en dålig affär. Däremot kan man diskutera om andra former av uppsåt än direkt uppsåt, dvs. avsikt, kan motivera slutsatsen att en transaktion saknar rent affärsmässig karaktär för bolaget.

12. Relevant tidpunkt för bedömningen av om en värdeöverföring har ägt rum

En särskild fråga är vilken tidpunkt som bör vara avgörande för bedömningen av om en icke affärsmässigt betingad värdeöverföring har ägt rum. Lagtexten innehåller inget uttryckligt svar på denna fråga. När det gäller kravet på förmögenhetsminskning är det dock, såvitt framgår av lagen, tillräckligt att affärshändelsen i fråga ”medför att bolagets förmögenhet minskar”. Något uttryckligt krav på att effekten skall ha inträtt inom visst tid uppställs således inte i lagen, utan vad som krävs är ett orsakssamband. Däremot krävs det att affärshändelsen ”inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” vilket indikerar att affärshändelsens affärsmässighet skall bedömas på grundval av förhållandena vid själva händelsen.

I förarbetena uttalas att när fråga är om en transaktion som beslutas av bolagsstämman eller av aktieägarna samfällt, skall frågan om den utgör en värdeöverföring prövas med hänsyn till förhållandena vid tiden för beslutet. I andra fall blir tidpunkten för styrelsebeslutet eller, när ett sådant saknas, den tidpunkt då bolaget förband sig till transaktionen avgörande. Senare inträffade förändringar i prestationernas värde bör således inte medföra att en vid besluts- eller avtalstillfället klanderfri transaktion kvalificerar sig som en värdeöverföring i lagens mening.[55]

Frågan är hur dessa förarbetsuttalanden skall tolkas och om de kan upprätthållas fullt ut. När bolagsstämman beslutat om vinstutdelning eller styrelsen beslutat om en gåva som sedan verkställts genom en utbetalning direkt på grund av beslutet, kan det vara naturligt att i regel fästa avgörande vikt vid tidpunkten för beslutet. När det i stället handlar om en förtäckt värdeöverföring i form av en diskrepans mellan värdet av parternas prestationer i ett avtal eller en annan rättshandling, kan däremot en sådan koppling till tidpunkten för ett bakomliggande beslut bli mera vansklig att motivera. Naturligtvis kan denna koppling upprätthållas i sådana fall då ett beslut bara bekräftar ett redan ingånget avtal, vilket måste godkännas av behörigt organ för att bli bindande för bolaget enligt aktiebolagslagens regler eller enligt sitt innehåll förutsätter till exempel godkännande av bolagsstämman. Dessutom kan det vara närliggande att behandla fall där ett i styrelsen beslutat avtal bara undertecknas av en företrädare som saknar behö-

[55] Prop. 2004/05:85 s. 748.

righet eller i vart fall befogenhet att på något sätt ändra i avtalet på samma sätt.

I andra fall är det själva rättshandlingen som sådan snarare än ett bakomliggande beslut som är avgörande för att ett avtal eller en annan bindande rättsakt kommer till stånd och vilket innehåll den får. Då förefaller det som om det åtminstone normalt skulle vara mest närliggande att fästa avgörande vikt vid att bundenhet för bolaget uppkommer först när avtalet ingås etc. av en behörig företrädare och kopplingen till ett bakomliggande styrelsebeslut torde ofta bli omöjlig eller i vart fall olämplig att upprätthålla. Här blir frågan hur långt lagstiftaren syftar med uttalandet i förarbetena, att tidpunkten för styrelsebeslutet ”[i] andra fall” skall vara avgörande, om inte ett sådant ”saknas”.

Den rättshandlande företrädarens behörighet kan naturligtvis grunda sig på ett styrelsebeslut. Ett sådant beslut kan emellertid ha många olika former. I vissa fall finns endast ett kanske flera år gammalt generellt bemyndigande för en firmatecknare eller en allmänt avfattad fullmakt, på vilket den rättshandlande grundar sin behörighet att ingå avtalet i fråga. Att i ett sådant fall låta tidpunkten för styrelsens beslut om bemyndigandet eller utfärdandet av fullmakten vara avgörande kan naturligtvis inte komma i fråga.

I andra fall finns en dagsfärsk fullmakt att ingå ett visst avtal, där styrelsen beslutat om ramarna för varje detalj i avtalets innehåll. Även om fullmakten avser ett på detta sätt till sina ramar specificerat avtal, har emellertid avtalet inte kommit till stånd när styrelsebeslutet fattas. Det måste därför antas att avtalets innehåll i alla delar i regel inte är känt. Att fullmakten kan vara på visst sätt begränsad säger dessutom inte mer om vilket innehåll avtalet kan komma att få än att det inte får gå utanför den behörighet som följer av fullmakten. Även i sådana fall torde det i regel ligga närmare till hands att fästa avgörande vikt vid tidpunkten för själva rättshandlingen än vid tidpunkten för styrelsens utfärdande av fullmakten.

Om det däremot finns ett ”färdigt” avtal som styrelsen godkänner och som sedan undertecknas av till exempel verkställande direktören, är det nog ofta mer närliggande att i stället fästa avgörande vikt vid tidpunkten för styrelsebeslutet. I vissa fall kan dock denna princip ändå bli vansklig att upprätthålla. Ett sådant styrelsebeslut är nämligen inte bindande för bolaget, utan kan återkallas eller ändras ända tills avtal ingåtts med bindande verkan, vilket i och för sig ibland kan ske konkludent genom att styrelsens godkännande kommuniceras till medkontrahenten.[56] Det kan därför även i fall av denna art framstå som mindre välbetänkt att fästa avgörande vikt vid tidpunkten för det gentemot den tilltänkte medkontrahenten oförbindande beslutet.

Det sagda torde leda till att avtalstidpunkten, eller tidpunkten för rättshandlingen i fråga, ofta blir avgörande för bedömningen av

[56] Jfr NJA 1958 s. 186.

transaktionens affärsmässiga karaktär. I den mån bolaget blir bundet av rättshandlingen vid en annan tidpunkt än den då denna kommer till stånd, torde det i regel vara motiverat att i stället ta fasta på tidpunkten för bolagets bundenhet. Huvudreglerna följer här analogivis av 7 § avtalslagen. Avgörande för när en viljeförklaring kommer till stånd och får rättsverkningar som sådan är således när den kommer mottagaren till handa. Bindande verkan får däremot viljeförklaringen normalt först när mottagaren tar del av förklaringen.[57]

Termen ”avtalstidpunkten” kan ibland även i andra hänseenden ha en något tvetydig innebörd. Vid en fastighetsförsäljning upprättas till exempel vanligen två köpehandlingar; ett köpeavtal och ett köpebrev. Köpebrevet har då samma grundläggande funktion som ett kvitto avseende köpeskillingen och det råder nog ingen tvekan om att avgörande vikt vid bedömningen av om en olovlig vinstutdelning ägt rum i regel måste fästas vid tidpunkten för upprättandet av köpeavtalet. Om förhållandena vid upprättandet av köpebrevet är sådana, att aktiebolaget ännu har rätt att dra sig ur transaktionen genom att vägra att betala eller att medverka till köpebrevets upprättande, torde däremot normalt tidpunkten för betalningen eller köpebrevets undertecknande i stället bli avgörande.

Liknande överväganden kan bli aktuella när ett avtal i andra fall förutsätter upprättandet av fler avtalshandlingar än en. I affärsvärlden används inte sällan de engelska termerna ”signing” och ”closing” för sådana fall. Med signing avses i grundbetydelsen ”själva avtalsslutet”, där till exempel ett avtal om fastighetsköp undertecknas. Med closing avses i grundbetydelsen ett efter själva avtalsslutet följande slutligt möte mellan parterna, där avtalet fullgörs. Detta blir särskilt aktuellt vid fastighetsöverlåtelser, där closing fyller motsvarande funktion som köpebrevets upprättande i svensk rätt. I andra fall som liknar dessa torde man få resonera på samma sätt. Avtalstidpunkten bör således tillmätas avgörande betydelse, såvida inte bolagets bundenhet i praktiken är uppskjuten, så att den inträffar först vid ”signing”.

Vid andra typer av avtal kan frågan vad som egentligen är ”avtalet” och när detta har kommit till stånd i sig vålla svårigheter. Låt oss anta att två parter i ett avtal utfäst sig att i framtiden ingå ett annat avtal med varandra. I en sådan situation föreligger normalt endast ett föravtal. Ett bindande föravtal avseende till exempel en framtida överlåtelse är normalt inte i sig någon överlåtelse (en definitiv överlåtelseförklaring saknas), men kan naturligtvis innefatta en icke affärsmässigt betingad värdeöverföring som kan angripas med aktiebolagslagens vinstutdelningsregler.

Anta till exempel att föravtalet går ut på en överlåtelse av vissa aktier. Att i ett sådant fall koppla tidpunkten för värderingen av aktierna och bedömningen av transaktionens affärsmässighet till föravtalet kan

[57] Se närmare Lehrberg, B, Avtalsrättens grundelement, 2 uppl., I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala 2006, s. 111 f.

av flera skäl vara vanskligt. För det första är ett föravtal inte sällan förknippat med en betydande osäkerhet beträffande huruvida en överlåtelse över huvud taget skall komma till stånd, när den i så fall kommer att ske och vilka villkor som kommer att gälla. Föravtal lämnar nämligen inte sällan de närmare detaljerna åt parterna att komma överens om vid det framtida avtalsslutet. Om parterna i ett sådant läge sedan inte kan enas om detaljerna leder det i allmänhet till att inget avtal kommer till stånd.

I den mån en överlåtelse sedan faktiskt kommer att äga rum är den vidare i mellantiden mellan föravtalet och överlåtelseavtalet villkorad av att det senare avtalet faktiskt kommer till stånd och att överlåtelsen sker vid en tidpunkt då en värdediskrepans föreligger till bolagets nackdel. Värdet på aktierna skulle naturligtvis kunna komma att fluktuera. Ytterligare svårigheter tillkommer i den mån parternas prestationer inte i föravtalet är slutligt bestämda till sitt innehåll eller till sitt värde. Reglerna om avtalsslut medger visserligen att åtskilligt lämnas oreglerat — till exempel griper den utfyllande regeln i 45 § köplagen in om priset i ett köpeavtal har lämnats obestämt — även om vissa grundläggande avtalselement är nödvändiga för att ett bindande avtal alls skall komma till stånd.[58] Går det inte att utifrån förhållandena vid ingåendet av föravtalet avgöra vad det eventuellt följande överlåtelseavtalet ekonomiskt sett kan komma att innebära för bolaget, kan det dock vara svårt att styrka att en överföring av värden ägt rum redan genom föravtalet och att motivera ståndpunkten att denna inte är rent affärsmässigt betingad för bolaget. Huruvida en värdeöverföring faktiskt har ägt rum får då bedömas utifrån förhållandena vid det efterföljande avtalsslutet.

Det är också vanligt att det inför avtalsslut upprättas handlingar som inte låter sig kvalificeras som avtal eller ens rättsligt bindande föravtal, utan endast har formen av i sig själva (åtminstone med avseende på det tilltänkta avtalsslutet) rättslig oförbindande avsiktsförklaringar. För sådana används inte sällan rubriken ”Letter of Intent” — därmed dock inte sagt att det inte förekommer handlingar med denna rubrik, vilka i själva verket utgör bindande föravtal eller rentav rättsligt förpliktande avtal om till exempel överlåtelse av lös egendom. Dessutom är det vanligt att letters of intent innehåller vissa bindande klausuler som typiskt sett avser annat än själv avtalsslutet, till exempel ett ömsesidigt sekretessåtagande.

I gränsområdet mellan ”färdiga” avtal och föravtal finner man vissa avtalskonstruktioner som kan förekomma till exempel vid aktieöverlåtelser. Låt oss anta att ett moderbolag i en koncern skall överlåta sina aktier i ett antal aktiebolag. I så fall träffas först, vid ”signing”, ett avtal om överlåtelsen in abstracto, där det anges vilka aktier som omfattas av överlåtelsen och vilka villkor som skall gälla för denna. Detta avtal följs sedan av de konkreta aktieöverlåtelserna, vilka träffas i samband

[58] Se Lehrberg, B, Avtalsrättens grundelement s. 94–96.

med ”closing”. Tekniskt sett blir det första avtalet ett föravtal. Samtidigt är avtalet inte sällan i princip uttömmande när det gäller villkoren för transaktionen och de efterföljande aktieöverlåtelserna visar stora likheter med fullgörelsen av ett avtal, till exempel genom betalning. Även om det avtal som träffas vid ”signing” inte formellt är något överlåtelseavtal är det i ett sådant fall närliggande att hänföra bedömningen av om en olovlig värdeöverföring har ägt rum till tidpunkten för ”signing”.