

Aktieägaravtal i ett processuellt perspektiv – särskilt om skiljedoms-mässighet i kontexten av tvingande regler

NIKLAS ARVIDSSON*

Aktieägaravtal reglerar ofta förhållanden som omfattas av tvingande aktiebolagsrättsliga regler. Vid sidan av materiella frågor kan aktieägaravtalstvister även ge upphov till åtskilliga processuella frågor. Bidraget fokuserar på frågan om och i så fall hur den materiella civilrättsliga bakgrundskontexten påverkar parternas processuella möjligheter att förlikas och därmed även kringskär behörigheten för skiljenämnder att pröva tvistefrågorna. Slutsatsen är att oron för att så ska vara fallet till stora delar är obefogad. Större tveksamheter gör sig däremot gällande ifråga om skiljenämnders behörighet att pröva frågor om aktiebolagsrättsligt återbäringsansvar.

1. Inledning

Aktieägaravtal aktualiserar många frågor redan i civilrättsligt hänseende. Hit hör både avtalsrättsliga och aktiebolagsrättsliga problemställningar. Avtalsrättsligt uppkommer till exempel frågor om hur avtalen ska tolkas och om de är bindande mellan parterna, trots att de ofta är oförenliga med vad som följer av aktiebolagsrättsliga regler eller med vad som följer av bestämmelser i bolagsordningen i det aktuella aktiebolaget. På liknande sätt gäller det i aktiebolagsrättsligt hänseende att avgöra bland annat om och i så fall hur aktieägaravtal kan tänkas påverka tolkningen och tillämpningen av regler i aktiebolagslagen (2005:551, ”ABL”) eller bolagsordningen. Avtalsformens civilrättsliga dimension har diskuterats tämligen ingående under 2010-talet.¹ Annorlunda förhåller

* Professor i handelsrätt vid Lunds universitet (Institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan). Jag vill rikta ett varmt tack till Alexander Hardenberger och Per Samuelsson för värdefulla synpunkter.

¹ Se bl.a. N. Arvidsson, *Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar* (2010), densamme, *Aktieägaravtalet och dess rättsverkningar* (NJ 4:10) s. 42 ff., densamme, *Högsta domstolen och den aktiebolagsrättsliga separationsprincipen* (JT 2011–12) s. 50 ff., densamme, *Kommentarer med anledning av ett arbete om aktieägaravtal* (NJ 4:11) s. 7 ff., E. Nerep, *Aktie-*

det sig med de processuella frågor som kan infinna sig vid tvister som grundar sig på aktieägaravtal. Finn Madsen har nyligen publicerat ett bidrag som belyser ett antal processuella frågor.² Eftersom avtalen ofta innehåller skiljeklausuler fokuserar han framförallt på frågor om skiljenämndens behörighet och befogenheter i olika hänseenden.

Målsättningen med denna uppsats är att ge ytterligare ett bidrag till diskussionen. Jag begränsar mig huvudsakligen till att diskutera den grundläggande frågan i vad mån aktieägaravtalstvister är skiljedomsmässiga om och när avtalen (som så ofta) går stick i stäv med tvingande aktiebolagsrättsliga regler (avsnitt 2 och 3). Denna problemställning har djupa rötter i avtalsrätten som inte är enkla att frilägga när bakgrundskontexten till stora delar består av tvingande aktiebolagsrättsliga regler. Om redan den civilrättsliga dimensionen kräver ställningstaganden till hur två materiella områden (avtalsrätt och aktiebolagsrätt) är relaterade till varandra, så ökar komplexiteten ytterligare när ännu ett rättsområde (processrätten) ska integreras i bilden. Särskilda frågor uppkommer dessutom i fråga om tvister rörande återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL med anledning av påstådda förbjudna värdeöverföringar (avsnitt 4).

2. Skiljedomsmässighet

2.1 Allmänt

Madsen uppmärksammar att aktieägaravtalstvister i förlängningen (ofta) handlar om frågor som omfattas av tvingande regler, men framhåller att det inte i sig bör innebära att skiljemän saknar behörighet att pröva frågorna.³ Trots att han skriver ”bör” uppfattar jag det mot bakgrund av framställningen i övrigt som ett påstående om hur gällande rätt är beskaffad. Skiljemän är enligt Madsen i allmänhet behöriga att pröva de frågor som uppkommer i aktieägaravtalstvister, trots att frågorna ofta i förlängningen omfattas av tvingande regler.

bolagsrättslig verkan av aktieägaravtal – särskilt om begränsningar i rätten till tvångsinlösen enligt 22 kap. ABL, Festskrift till Torkel Gregow (2010) s. 347 ff., densamme, Anmeldelse: Arvidsson, Niklas: Aktieägaravtal. Särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar (NTS 2011:1) s. 103 ff., S. Lindskog, Aktieägaravtal – kommentarer med anledning av en avhandling (SvJT 2011) s. 265 ff., G. Westin, Bolagsrätt och avtalsfrihet – några tankar om två kolliderande rättsområden (NJ 2:11) s. 14 ff., J. Danelius & J. Ericson, Tvångsinlösen av aktier och aktieägaravtal (SvJT 2011) s. 857 ff., C. Ramberg (under medverkan av R. Ramberg), Aktieägaravtal i praktiken (2011), B. Lehrberg, Aktieägaravtal och bolagsordning (2015) samt D. Stattin & C. Svernlöv, Introduktion till aktieägaravtal, 2 uppl. (2013).

² F. Madsen, Några processuella frågor rörande skiljedomsmässighet m.m. vid tvister om aktieägaravtal (JT 2021–22) s. 734 ff.

³ F. Madsen (JT 2021–22) s. 738.

Detta är enligt min uppfattning riktigt. Skiljemännens behörighet styrs av regler i lagen (1999:116) om skiljeförfarande ("LSF"). I 1 § första stycket LSF föreskrivs att parter genom avtal får överlämna tvister i frågor som parterna kan träffa förlikning om till avgörande av skiljemän.⁴ Förutsatt att de omfattas av ett giltigt skiljeavtal är skiljemän behöriga att rättskraftigt avgöra sådana frågor.⁵ Motsatsvis skulle följa att skiljemän saknar behörighet att avgöra tvister rörande frågor som parterna *inte* kan träffa förlikning om. Detta är emellertid en huvudregel. Ett uttryckligt undantag följer av 1 § tredje stycket LSF. Enligt denna bestämmelse kan parterna genom avtal göra skiljemän behöriga att pröva konkurrensrättens civilrättsliga verkningar mellan parterna, således *även om* parterna inte skulle kunna träffa förlikning om frågorna.⁶

Frågan om skiljemän är (eller inte är) behöriga att pröva en fråga är kopplad till flera viktiga rättsverkningar. Om behörighet föreligger medför skiljeavtalet ett dispositivt processhinder för allmän domstol (4 § LSF) och om skiljemän avgör en fråga som de saknar behörighet att pröva kan skiljedomen eller en del av den förklaras ogiltig (33 § första stycket 1 och andra stycket LSF).⁷

2.2 Kravet på förlikningsbarhet

För att kunna uttala sig om den närmare omfattningen av skiljemännens behörighet enligt 1 § första stycket LSF krävs en analys av vad som menas med att parterna "kan träffa förlikning" i en fråga ("förlikningsbarhet"). Förlikningsbarhet är inte bara ett krav för behörighet enligt 1 § första stycket LSF, utan avgör även enligt 17 kap. 3 § andra meningen samt 35 kap. 3 § första stycket första meningen rättegångsbalken (1942:740, "RB") om en fråga faller under den s.k. dispositionsprincipen. Är frågan *inte* förlikningsbar hör den som huvudregel inte bara hemma i allmän domstol, utan utlöser även en frihet och ofta även skyldighet för domstolen att självmant (dvs. utan återopande) pröva frågan.⁸ Enligt 49 kap. 2 § RB utgör förlikningsbarhet också ett krav för att

⁴ K. E. Danielsson lämnar en redogörelse för lagstiftningshistoriken. Se: Olovlig vinstutdelning och skiljedomsmässighet, Festskrift till Torgny Håstad (2010) s. 69 ff. (på s. 72 ff.). Se även prop. 1998/99:35 s. 32 f. och S. Lindskog, Skiljeförfarande. En kommentar, 3 uppl. (2020) s. 234 under not 923.

⁵ Ifråga om vissa tvister är det inte möjligt att ingå ett giltigt skiljeavtal även om de handlar om frågor som är förlikningsbara. På liknande sätt kan skiljeavtal avseende framtida tvister vara ogiltiga och av det skälet förhindra skiljeförfaranden. Ett exempel på det senare är konsumenträttsliga tvister (se 6 § LSF).

⁶ Se NJA 2015 s. 438 "Systembolaget" p. 10–11 samt NJA 2018 s. 323 "Den norska skiljedomen" p. 12–13 och p. 19.

⁷ Se NJA 2015 s. 438 "Systembolaget" p. 9 och p. 12.

⁸ Enligt 42 kap. 17 § RB ska domstolen verka för att parterna förliks i dispositiva tvistemål. Är tvistemålet indispositivt ska den istället verka för att parterna uppnår någon annan typ av "samförstånds lösning", om det inte är olämpligt med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga

avtalade överklagandeförbud ska medföra processuella verkningar.⁹ Såvitt jag kan bedöma handlar det om ett och samma begrepp; dvs. frågor som är förlikningsbara i den mening som åsyftas av en processuell regel är i så fall också förlikningsbara i den mening som åsyftas av de övriga.¹⁰ Lagmotiven till LSF kopplar uttryckligen ihop 17 kap. 3 § andra meningen RB och 1 § första stycket LSF i detta hänseende.¹¹

Frågan blir då hur detta förmodat processuella allmänbegrepp om förlikningsbarhet är utformat. Av lagmotiv och prejudikat framgår att det avgörande är om avtalsfrihet råder på ett sådant sätt att parterna kan ingå ett bindande avtal. Parterna är med detta synsätt processrättsligt fria att förlikas om en fråga om och endast om de kan ingå ett bindande avtal i frågan.¹² Detta kan förefalla okomplicerat. För att avgöra om skiljemän är behöriga att pröva en fråga krävs en undersökning av om det finns några tvingande materiella regler som inskränker avtalsfriheten beträffande den omtvistade frågan. Finns sådana regler skulle frågan i vart fall inte vara skiljedomsmässig på den grund som framgår av 1 § första stycket LSF och finns inga sådana regler skulle den tvärtom vara det. Så enkelt är det dessvärre inte. Det finns olika slags tvingande regler och det är endast en grupp av tvingande regler som inskränker den avtalsfrihet som förlikningsbarhetskravet tar sikte på. Som nedan utvecklas medför det att frågor som omfattas av tvingande rättsregler kan vara (och vanligen är) förlikningsbara och därmed ”dispositiva” i processuellt hänseende.¹³

2.3 Avtalsrättsligt tvingande regler

I avtalsrättsligt hänseende går två viktiga skiljelinjer mellan förhandsdispositiva och förhandstvingande rättsregler samt mellan efterhandsdispositiva och efterhandstvingande rättsregler.¹⁴ För att en fråga ska vara processuellt indis-

omständigheter. Domstolen är alltså principiellt ålagd att verka för samförståndslösningar även i frågor som inte är förlikningsbara.

⁹ Se *Sandås Transport* NJA 2013 s. 1017 p. 13.

¹⁰ Förlikningsbarhetskravet förekommer även i många andra processuella regler än de nu nämnda, se t.ex. 42 kap. RB.

¹¹ Se prop. 1998/99:35 s. 48 ff. Se även NJA 2012 s. 790 ”City Golf” p. 8–9.

¹² Se prop. 1998/99:35 s. 48 f. och s. 210 ff., SOU 1994:81 s. 78 f., prop. 1929:226 s. 36 samt *City Golf* NJA 2012 s. 790 p. 8. Se även P. Westberg, Ogiltigt patent, licensavtalstvist och skiljedomsmässighet, Festskrift till Stefan Lindskog (2018) s. 775 ff. (på s. 778).

¹³ Se *City Golf* p. 10 och prop. 1998/99:35 s. 48.

¹⁴ Benämningarna varierar. Stefan Lindskog (2020) s. 77 ff. samt s. 237 ff. betecknar ibland förhandstvingande regler som ”abstrakt indispositiva” och efterhandstvingande som ”konkret indispositiva”. Jag har tidigare kallat förhandsdispositiva regler ”ex ante-dispositiva”, förhandstvingande regler ”ex ante-tvingande”, efterhandsdispositiva regler ”ex post-dispositiva” och efterhandstvingande regler ”ex post-tvingande”. Se N. Arvidsson (2010) s. 223 ff. I samma arbete har jag även föreslagit att regler som *bara* är förhandstvingande kallas ”enkla tvingande

positiv krävs att den omfattas av en regel som i avtalsrättsligt hänseende är *efterhandstvingande*.¹⁵ Det innebär bland annat att frågor som omfattas av förhandstvingande regler kan vara (och ofta är) processuellt dispositiva.

En regel är *förhandsdispositiv* om och endast om och i den mån (a) de (fysiska eller juridiska) personer som regeln adresserar har möjlighet att genom avtal ”sätta den ur spel” i sitt inbördes förhållande och om (b) denna möjlighet gäller oavsett om regelns rekvisit är uppfyllda vid tidpunkten för avtalet eller inte.¹⁶ Med att ”rekvisiten är uppfyllda” åsyftas bara att de *faktiska omständigheterna* är sådana att regelns rättigheter (och därmed rättighetskorrelat såsom skyldigheter m.m.) har aktualiserats (materialiserats). Ingen behöver ha kunskap om att så är fallet och följaktligen behöver det inte heller ha fastställts att rekvisiten är uppfyllda. Rättigheter och rättighetskorrelat kan aktualiseras utan att någon vet om det. När t.ex. förutsättningar för säljarens avhjälpandeskyldighet föreligger är säljaren skyldig att avhjälpa (liksom köparen har rätt till avhjälpande), oavsett om någon av dem känner till att förutsättningarna är uppfyllda eller att de rättsliga positionerna har inträtt.

Förhandsdispositiva regler kan alltså sättas ur spel i det inbördes förhållandet mellan adressaterna även om reglernas rättigheter inte har aktualiserats vid tidpunkten för avtalet. Regler som inte är förhandsdispositiva är *förhandstvingande*. Ett definierande kännetecken för dessa är alltså att de inte kan sättas ur spel genom ett avtal som ingås *innan* rättigheterna har aktualiserats. Men även om en regel är förhandstvingande kan den (men behöver inte) vara *efterhandsdispositiv*. Så är fallet om och endast om den kan sättas ur spel genom ett avtal som ingås (eller genom företagandet av en ensidig rättshandling i form av en eftergift) *efter* det att rättigheterna har aktualiserats. Om regeln inte är efterhandsdispositiv är den *efterhandstvingande*. I så fall kan de personer som regeln adresserar inte alls sätta den ur spel.¹⁷

regler”, medan regler som *både* är förhands- och efterhandstvingande kallas för ”absolut tvingande regler”. Se a.a. s. 224.

¹⁵ Se t.ex. N. Arvidsson (2010) s. 225. Så även S. Lindskog (2020) s. 238 vid not 940. Jfr dock a.a. s. 77, där författaren uttalar att det kan vålla vissa bedömningssvårigheter ”att avgöra i vilken utsträckning bestämmelser som är endast abstrakt indispositiva (eller förhandstvingande) kan utgöra begränsningar med avseende på skiljenämndens kompetens.” Vad som kan vara vanskligt är att avgöra vilken status en viss regel har, men har man bestämt sig för att regeln *bara* är förhandstvingande så har man också bestämt sig för att den *inte* begränsar kompetensen (i vart fall inte genom förlikningsbarhetskravet).

¹⁶ Att avtalet helt eller delvis ”sätter regeln ur spel” i det inbördes förhållandet mellan avtalsparterna är en behändig metafor. Vad som åsyftas är att avtalet helt eller delvis medför att de rättsliga positioner som regeln föreskriver, och som i frånvaro av avtalet hade utgjort komponenter av parternas inbördes rättsställning, inte längre gäller. Vid sidan av att på detta sätt ”sätta regeln ur spel” medför avtalsbundenheten även att de ur avtalet härrörande rättsliga positionerna bildar nya komponenter av parternas inbördes rättsställning.

¹⁷ Se dock under not 19 nedan om EU-rätten.

Det finns vissa logiska relationer mellan de olika kategorier av regler som ingår i denna avtalsrättsliga taxonomi. Närmare bestämt delar den in rättsregler i tre huvudgrupper. Den första (grupp 1) består av regler som är både förhands- och efterhandsdispositiva, den andra (grupp 2) består av regler som är både förhands- och efterhandstvingande och den tredje (grupp 3) består av regler som är *förhandstvingande men efterhandsdispositiva*. Däremot finns ingen grupp som består av regler som är förhandsdispositiva men efterhandstvingande. Anledningen är att förhandsdispositiva regler kan sättas ur spel genom avtal *oavsett om* deras rekvisit har aktualiserats eller inte. Alla förhandsdispositiva regler är därför efterhandsdispositiva, dvs. de sorterar under grupp 1. Däremot gäller inte det omvända. Det finns många efterhandsdispositiva regler som är förhandstvingande (grupp 3).

Frågan om vilken av dessa grupper en viss rättsregel tillhör måste avgöras på samma sätt som frågan om gällande rätt över huvud taget innehåller den aktuella regeln, dvs. genom en analys av rättskällorna.¹⁸ Principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet innebär att grupp 1 bildar ett slags utgångspunkt. Det krävs inget specifikt positivt rättskällestöd för att sluta sig till att en regel är förhandsdispositiv. Vad som krävs är däremot att det *saknas* positivt stöd för att klassificera den som förhandstvingande eller efterhandstvingande. För att en fråga inte ska vara förhandsdispositiv (och därmed även efterhandsdispositiv) krävs närmare bestämt att det enligt rättskällorna finns särskilda skäl att skydda någon av parterna eller ett utomstående intresse. I och med att efterhandstvingande regler (grupp 2) medför en större inskränkning av avtalsfriheten än regler som bara är förhandstvingande (grupp 3) krävs starkare stöd för att betrakta en regel som efterhandstvingande och därmed även som indispositiv i processuellt hänseende. Som nedan framhålls krävs att regeln på ett ”mera märkbart” sätt syftar till att skydda allmänna intressen eller specifika tredjemansintressen.

Den kommersiella avtalsrätten består huvudsakligen av regler som är förhandsdispositiva (grupp 1). Avtalsrättsliga regler som syftar till att skydda någon av parterna mot ett potentiellt övertag hos medkontrahenten eller mot illojalt beteende på medkontrahentens sida är ofta förhandstvingande men efterhandsdispositiva (grupp 3). Tanken är då att möjliggöra avtalsfrihet, men bara när regelns rättigheter har aktualiserats så att den skyddade parten har bättre möjligheter att överblicka konsekvenserna av ett avvikande avtal eller en ensidig eftergift. Konsumenträttens avtalstyper är ett exempel. De består till stora delar av regler som är efterhandsdispositiva trots att de är förhandstvingande

¹⁸ Civilrättsliga regler behöver inte framgå av författningstext och även om så är fallet kan den vara både förhandstvingande och efterhandstvingande utan att det uttryckligen framgår av författningen. När en författning klargör att en regel inte kan sättas ur spel genom avtal vet man åtminstone att den antingen tillhör grupp 2 eller grupp 3. Däremot framgår sällan uttryckligen om den bara är förhandstvingande (grupp 3) eller om den även är efterhandstvingande (grupp 2). Se även P. Westberg (2018) s. 778 under not 7.

till konsumentens förmån.¹⁹ Men till grupp 3 hör även andra regler, bland annat de flesta ogiltighetsregler. Två parter kan inte ingå ett bindande avtal om att framtida avtal mellan dem inte ska vara ogiltiga även om en ogiltighetsgrund med avseende på det framtida avtalet skulle komma att föreligga. Om och när en ogiltighetsgrund inträffar kan den däremot ofta sättas ur spel genom avtal eller redan genom en ensidig rättshandling av den part som skyddas av ogiltighetsregeln.²⁰ I grupp 2, slutligen, finns regler som bärs upp av ändamålet att skydda ett intresse hos någon annan än de personer som regeln adresserar. Det externa skyddsintresset kan handla om ett allmänintresse eller enskilda intressen. Här handlar det om en strävan efter att motverka att avtal medför oönskade effekter för andra än parterna (negativa externaliteter). Ett exempel är att frågan om något är förlikningsbart även är efterhandstvingande. Parterna kan inte genom avtal åstadkomma att en annan fråga, som enligt gällande rätt inte är förlikningsbar, *blir* förlikningsbar.²¹ Ett annat och i sammanhanget närliggande exempel är att den ogiltighetsregel som återbäringsansvaret enligt 17 kap. 6 § ABL bygger på är efterhandstvingande (se avsnitt 4).²²

Högsta domstolen har framhållit att en skiljedom inte bör anses vara ogiltig, om inte det allmännas eller tredje mans intresse gör sig ”mera märkbart” gällande.²³ I och med att ogiltighetsgrunden i 33 § första stycket 1 LSF är kopplad till behörigheten enligt 1 § första stycket LSF borde denna restriktivitet i så fall även gälla tolkningen av förlikningsbarhetskravet. För att en fråga inte ska vara förlikningsbar krävs i linje med detta att den omfattas av en regel som motiveras

¹⁹ Viktiga och i ett svenskt perspektiv säregna undantag följer av EU-rätten. Enligt denna ska domstolar självmant pröva bl.a. om standardvillkor i konsumentavtal är oskäliga enligt rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 (”avtalsvillkorsdirektivet”). Om villkoren är oskäliga är de ogiltiga och får inte jämkas; jfr den mer flexibla 36 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (”AvtL”). Ogiltighetsfrågan är till synes inte förlikningsbar i vanlig mening, men domstolen ska självmant uppmärksamma konsumenten på den och då har konsumenten möjligheten att – sålunda genom en processhandling som baserar sig på ett informerat val – förändra rättslig status på villkoret (från ogiltigt till giltigt). Se bl.a. de förenade målen C-240/98 och C-244/98, *Océano Grupo Editorial och Salvat Editores*, EU:C:2000:346, p. 28, mål C-168/05, *Mostaza Claro*, EU:C:2006:675, p. 38–39; mål C-243/08 *Pannon GSM*, EU:C:2009:350, p. 32–33, mål C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, EU:C:2010:659, p. 49, mål C-618/10, *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349, p. 42–43, mål C-600/19, *Ibercaja banco*, EU:C:2022:394 p. 36–37 och de förenade målen C-693/19 och C-831/19, *SPV Project 1503 mfl.*, EU:C:2022:395, p. 53. EU-rätten kan även i övrigt medföra speciella inskränkningar av den processuella dispositionsprincipen. Se t.ex. C-30/19, *Braathens Regional Aviation*, EU:C:2021:269 och *Flygbolagets medgivande* NJA 2021 s. 1093 samt Högsta domstolens till detta beslut bifogade särskilda yttrande med en uppmaning till lagstiftaren att agera. Frågorna diskuteras av J. Hettne, *Processuell autonomi eller harmoni? Om EU-rättens påverkan på den svenska civilprocessen* (2020), *Tvistlösning inom affärsrätten*, s. 245 ff.

²⁰ Se prop. 1998/99:35 s. 48 f. Se t.ex. även *Lindskog* (2020) s. 76 och s. 238 under not 940.

²¹ Se t.ex. P. Westberg (2018) s. 794.

²² Se avsnitt 4.

²³ *City Golf* p. 11. Se bl.a. även L. Heuman, *Skiljemannarätt* (1999) s. 156.

av ett tillräckligt starkt externt skyddsintresse. För att det ska råda full överensstämmelse mellan frågor som är efterhandstvingande och frågor som är processuellt indispositiva krävs med detta synsätt att det externa skyddsintresset har en viss styrka för att kunna räkna en regel som efterhandstvingande.²⁴ Det skulle i sin tur innebära att även enbart förhandstvingande eller till och med vissa förhandsdispositiva regler delvis skulle kunna motiveras av externa skyddsintressen, om än (i så fall) av ett svagare slag än regler som är efterhandstvingande och därmed processuellt indispositiva.

2.4 Aktiebolagsrättsligt tvingande regler

Att en omtvistad fråga faller under en förhandstvingande regel innebär alltså inte nödvändigtvis att den inte är förlikningsbar i den relevanta meningen. För att den inte ska vara förlikningsbar krävs att regeln även är efterhandstvingande, det vill säga att den tillhör grupp 2 ovan. Frågan blir då vad detta innebär för de tvistefrågor som aktieägaravtalstvister kan ge upphov till. Aktieägaravtal är ofta oförenliga med aktiebolagsrättsliga regler och även sådana regler kan vara tvingande. Men när aktiebolagsrättsliga regler sägs vara ”tvingande” eller ”dispositiva” äsyftas normalt inte avtalsrättsliga frågor. Som nedan utvecklas innebär det också att det *i sig* saknar processuell betydelse om en omtvistad fråga faller under tvingande aktiebolagsrättsliga regler eller inte.

En aktiebolagsrättslig regel kan vara tvingande i den meningen att bolaget inte genom att ändra bolagsordningen kan åstadkomma avvikelser från den. Sådana regler inskränker bolagsordningsfriheten och omöjliggör för *bolaget* (stämman) att sätta dem ur spel med verkan för framtida beslut och åtgärder av det slag som reglerna utpekar. För att inte blanda samman sådana regler med tvingande regler inom avtalsrätten betecknas de ibland som *obligatoriska*. Aktiebolagsrättsliga regler som inte är obligatoriska kan betecknas som *fakultativa*. Sådana regler kan alltså sättas ur spel genom bolagsordningen. Om det sker kommer bolagsordningen också att ”träda i reglernas ställe” och på så sätt generellt förändra de bolagsinterna ”spelreglerna” för framtida beslut och åtgärder. Men vid en närmare betraktelse kan obligatoriska regler delas in i två grupper, beroende på om de är tvingande även i den meningen att *aktieägarna* inte genom samtycken kan åstadkomma att konkreta beslut eller åtgärder som strider mot dem blir tillåtna (rättsenliga). Om aktieägarna inte genom samtycken kan disponera över reglerna på detta sätt kan reglerna betecknas som *absolut obligatoriska*.²⁵ Sådana regler omfattas varken av bolagsordningsfriheten eller samtyckesprincipen. Obligatoriska regler som inte är absolut obligatoriska kan

²⁴ Jfr S Lindskog (2020) s. 238 under not 939.

²⁵ F. Madsen (JT 2021–22) s. 740 betecknar dem som ”absolut tvingande”.

i stället benämnas *enkla obligatoriska regler*.²⁶ Dessa regler omfattas alltså av samtyckesprincipen, trots att de inte kan sättas ur spel genom bolagsordningen.

Denna taxonomi liknar i vissa hänseenden den tidigare diskuterade avtalsrättsliga klassifikationen. Enkla obligatoriska regler framstår som ett slags aktiebolagsrättslig motsvarighet till regler som i avtalsrättsligt hänseende är förhandstvingande men efterhandsdispositiva (grupp 3 ovan). Som ovan har framhållits syftar grupp 3-regler till att skydda någon av avtalsparterna. På liknande sätt syftar enkla obligatoriska regler till att skydda aktieägare och inte utomstående såsom bolagsborgenärer. I och med att så är fallet kan aktieägarna genom samtycken tillåtas förfoga över reglerna med avseende på konkreta beslut och åtgärder. Till skillnad från bolagsordningsändringar (vilka alltså inte är möjliga i fråga om enkla obligatoriska regler) medför dessa samtycken inte någon förändring av de bolagsinterna ”spelreglerna”, utan förmår bara skifta normativ status (från förbjudet till tillåtet) på det specifika beslut (åtgärd) som samtyckena refererar till. Absolut obligatoriska regler liknar i vissa hänseenden regler som både är förhands- och efterhandstvingande (grupp 2 ovan). I likhet med grupp 2-regler syftar absolut obligatoriska regler till att skydda utomstående intressen (vanligen borgenärsintressen). Det förklarar också varför inte ens samtyckesprincipen omfattar sådana regler. Slutligen kan fakultativa regler sägas likna regler som både är förhandsdispositiva och efterhandsdispositiva (grupp 1 ovan).

3. Absolut obligatoriska regler och skiljedomsmässighet

3.1 Allmänt

Likheterna till trots finns stora skillnader mellan de avtalsrättsliga och aktiebolagsrättsliga reglerna. En sådan är att regler inom respektive rättsområde är kopplade till olikartade rättsverkningar (även i fråga om vilka personer som träffas av rättsverkningarna och på så sätt ”binds” av reglerna) och en annan är att deras rekvisit i flera hänseenden skiljer sig åt. Det går därför inte att sluta sig till att en tvistefråga skulle falla under en efterhandstvingande regel och därmed vara icke-skiljedomsmässig bara därför att den i förlängningen även omfattas av en obligatorisk och kanske absolut obligatorisk regel. De avtalsrättsliga och aktiebolagsrättsliga frågorna måste hållas isär, inte bara i civilrättsligt hänseende utan även processuellt.

²⁶ Begreppsbildningen diskuteras bl.a. av N. Arvidsson (2010) s. 240 f. Högsta domstolen har vid något tillfälle betecknat *enkla obligatoriska regler* som ”fakultativa”. Se *Kamelian* NJA 2013 s. 117 p. 14 och p. 18.

Madsen diskuterar ett hovrättsfall som ger ett illustrativt exempel.²⁷ Tre bolag – A, B och C – ägde tillsammans alla aktier i det svenska aktiebolaget AB. Ägarna hade ingått ett aktieägaravtal som innehöll en skiljeklausul. Avtalet föreskrev bland annat att samtliga beslut av bolagsstämman och bolagsstyrelsen i AB skulle antas i enlighet med reglerna i ABL. A var majoritetsägare i AB och såg till att AB genomförde ett antal transaktioner som B och C motsatte sig. Dessa påkallade skiljeförfarande mot A och gjorde bland annat gällande att A hade begått avtalsbrott genom att medverka till att AB genomförde transaktioner som utgjorde förbjudna värdeöverföringar. Skiljenämnden biföll genom skiljedom B och C:s talan. A angrep skiljedomens och yrkade bland annat att den skulle förklaras ogiltig på bland annat den grunden att skiljenämnden prövat en icke skiljedomsmässig fråga, nämligen frågan om en aktiebolagsrättsligt förbjuden värdeöverföring hade ägt rum.

Hovrätten konstaterade att skiljenämnden ostridigt kommit att pröva bland annat frågan om 17 kap. 2 § ABL hade överträtts genom värdeöverföringar, men ogillade trots detta A:s käromål. Enligt hovrätten hade skiljenämnden bara prövat den som ett led i sin prövning av om kändanden hade begått avtalsbrott. Hovrätten uttalade att alla frågor om avtalsbrott är partsdispositiva och kan prövas av skiljemän. Domstolen framhöll också att varken parternas disposition eller skiljenämndens prövning av den aktuella frågan skulle få någon rättsverkan utanför parternas avtalsförhållande. Utöver detta uttalade den att frågan om 17 kap. 2 § ABL hade överträtts hade varit skiljedomsmässig även om den aktiebolagsrättsliga regeln inte hade utgjort avtalsinnehåll. Anledningen till detta är enligt hovrätten att 17 kap. 2 § ABL uteslutande är uppställd till aktieägarnas skydd och därför faller under samtyckesprincipen samt att A, B och C (dvs. parterna i skiljemålet) var de enda aktieägarna och följaktligen genom samtycken hade kunnat åstadkomma att värdeöverföringen hade blivit aktiebolagsrättsligt tillåten.

Hovrättens domslut är enligt min uppfattning riktigt. Värdeöverföringar regleras i och för sig i aktiebolagsrättsligt hänseende av flera absolut obligatoriska regler. Hit hör till exempel både täckningsprincipen (beloppsspärren) och försiktighetsprincipen i 17 kap. 3 § ABL. Det går inte att avvika från dessa regler genom bolagsordningen och en konkret värdeöverföring som strider mot 17 kap. 3 § ABL är och förblir förbjuden, även om alla aktieägare samtycker till den. Men för att kunna ta ställning till om skiljenämnden prövat en icke-skiljedomsmässig fråga krävs att den relevanta frågan identifieras. Först därefter går det att undersöka om den faller under någon efterhandstvingande regel och således ligger bortom skiljenämndens behörighet.

Som hovrätten noterade handlar frågan i det aktuella fallet om huruvida A begick avtalsbrott genom att medverka till förbjudna värdeöverföringar. Enligt

²⁷ Svea hovrätts dom 2015-06-18 i mål nr T 4861-14. F. Madsen (JT 2021–22) diskuterar domen på s. 740 ff.

skiljenämndens tolkning av aktieägaravtalet föreskrev det att parterna inte fick medverka till förbjudna värdeöverföringar. Det innebär att parterna i sitt inbördes förhållande har *förbjudit medverkan till aktiebolagsrättsligt förbjudna värdeöverföringar*. Avtalet föreskrev således en skyldighet för parterna att inte använda sina aktiebolagsrättsliga befogenheter på ett sådant sätt att bolaget företar förbjudna värdeöverföringar. Det saknas stöd i rättskällor för att det skulle finnas en förhandstvingande regel som föreskriver att aktieägare inte genom avtal skulle kunna åta sig sådana skyldigheter. Följaktligen är den relevanta frågan *förhandsdispositiv* och då är den också efterhandsdispositiv (grupp 1 ovan). Och eftersom efterhandsdispositiva frågor är skiljedomsmässiga enligt 1 § första stycket LSF kan skiljedomens inte vara ogiltig på den här diskuterade grunden. Det nu sagda gäller för övrigt avtalade skyldigheter att *inte* medverka till aktiebolagsrättsligt förbjudna värdeöverföringar i stort och inte bara skyldigheter att underlåta medverkan till värdeöverföringar som (bara) står i strid mot 17 kap. 2 § ABL.

3.2 Skyldigheter att medverka till förbjudna värdeöverföringar

Hovrättsfallet är oproblematiskt såtillvida att det aktuella aktieägaravtalet var fullt förenligt med de bakomliggande aktiebolagsrättsliga reglerna. Avtalet ålade ingen att medverka till överträdelser av några aktiebolagsrättsliga regler, utan ”förstärkte” bara aktiebolagsrättens skyddsregler genom att så att säga ”införliva rättsreglerna” i avtalsförhållandet. På så sätt öppnade avtalsparterna dörren för att aktiebolagsrättsligt *förbjudna* beslut inte bara skulle kunna angripas med aktiebolagsrättsliga regler (de gäller nämligen parallellt med avtalet enligt den aktiebolagsrättsliga separationsprincipen), utan även med avtalsbrottspåföljder i förhållandet mellan parterna.

Låt oss komplicera bilden. Anta i stället att aktieägaravtalet hade föreskrivit att parterna var skyldiga att medverka till aktiebolagsrättsligt förbjudna värdeöverföringar, att A hade vägrat att följa avtalet, och att B och C hade påkallat skiljeförfarande. I så fall hade avtalet kommit i konflikt med de bakomliggande aktiebolagsrättsliga reglerna. Hade detta gjort någon skillnad för frågan om skiljedomsmässighet och spelar det i så fall någon roll om de avtalade skyldigheterna handlar om medverkan till värdeöverföringar som strider mot exempelvis 17 kap. 3 § ABL och inte bara mot 17 kap. 2 § ABL?

Svaret på dessa frågor är beroende av huruvida det finns någon efterhandstvingande regel som föreskriver att aktieägare inte kan åta sig de aktuella förpliktelserna. I detta fall skulle avtalsåtagandet handla om en skyldighet att medverka till att bolaget företar aktiebolagsrättsligt förbjudna värdeöverföringar. Som tidigare har framhållits kan avtalsrättsligt tvingande regler inte härledas ur aktiebolagsrätten, utan kräver oberoende rättskällestöd. Jag har i andra sammanhang framhållit att rättsläget beträffande huruvida absolut obli-

gatoriska regler inskränker avtalsfriheten är oklart och att frågan därför faller under en lucka i gällande rätt.²⁸ Det innebär att domstolar eller skiljenämnder måste avgöra den genom att tillämpa sin diskretionära beslutskompetens. Men oklarheten gäller om det finns någon *förhandstvingande* regel, det vill säga om *förhandsavtal* är bindande eller ej. Däremot står det enligt min uppfattning klart att det inte finns någon *efterhandstvingande* regel. Anledningen till detta är att det på grund av de värden som bär upp principen om avtalsfrihet krävs *starkare* stöd i rättskällorna för att anta att en regel är efterhandstvingande än för att anta att den är förhandstvingande. Om, som i detta fall, det redan är oklart huruvida den är förhandstvingande (eller tvärtom förhandsdispositiv) kan den i vart fall rimligen inte vara efterhandstvingande. Följaktligen är även dessa frågor förlikningsbara och därmed skiljedomsmässiga.

I ljuset av det oklara rättsläget i fråga om förhandsavtal har jag förespråkatt att aktieägare inte med bindande verkan bör kunna åta sig att medverka till överträdelse av absolut obligatoriska regler.²⁹ Stefan Lindskog är av en annan uppfattning.³⁰ Men den rättspolitiska frågan begränsar sig som sagt till att avse spørgsmålet hur domstolar och skiljenämnder bör se på förhandsavtal. I den hypotetiska skiljetvist som vi här diskuterar ska skiljenämnden pröva frågan (annars agerar den i mina ögon i strid mot gällande rätt).³¹ En annan sak är att den enligt min mening vid sin prövning bör anse att på förhand avtalade skyldigheter att medverka till aktiebolagsrättsliga överträdelse av absolut obligatoriska regler är oförbindande och att avtalsbrottspåföljder således inte kan aktualiseras.³²

4. Något om tvister rörande återbäringsansvar

Diskussionen i föregående avsnitt (3) handlar om avtalade skyldigheter mellan aktieägare att medverka eller, som i hovrättsfallet, låta bli att medverka till förbjudna värdeöverföringar. Dessa frågor ska inte blandas samman med frågor om det finns några tvingande regler som inskränker *aktiebolagets* frihet att ingå

²⁸ N. Arvidsson (2010) s. 225 f. vid not 641 och s. 283 f., (NJ 4:10) s. 62 f. samt (NJ 4:11) s. 20 ff. Beträffande luckor, se N. Arvidsson, *Avtalsinnehåll, tolkningsutrymmen och luckor* (JT 2020–21) s. 3 ff. samt densamme, *Det miljörettsliga avhjälpandeansvaret och dess regressreglering* (JT 2020–21) s. 571 ff. (på s. 585 f.).

²⁹ N. Arvidsson (2010) s. 283 f.

³⁰ S. Lindskog (SvJT 2011) s. 284 f.

³¹ Se även S. Lindskog (2020) s. 240 under not 945.

³² Förutsättningen för att frågan ska uppkomma är att aktieägaravtalet innehåller en sådan skyldighet. Avtalstolkningsfrågor kan uppkomma. Om ett avtal i allmänna ordalag föreskriver en skyldighet att medverka till värdeöverföringar kan det hända att avtalet ska tolkas på ett sådant sätt att skyldigheten är villkorad av att värdeöverföringen inte strider mot borgenärsskyddsregler i ABL. Se N. Arvidsson (2010) s. 284.

avtal om konsekvenserna av förbjudna värdeöverföringar och om dessa regler i så fall är efterhandstvingande.³³

Den primära påföljden för aktiebolagsrättsligt förbjudna värdeöverföringar är att en ondtröende mottagare blir återbäringsansvarig enligt 17 kap. 6 § ABL. Av lagmotiv och prejudikat står det klart att detta återbäringsansvar är en konsekvens av att den rättshandling, genom vilken värdeöverföringen sker är *ogiltig*.³⁴ Låt oss betrakta ett exempel. Anta att aktiebolaget till ett kraftigt underpris säljer egendom, exempelvis en maskin, till den fysiska eller juridiska personen X (X kan vara aktieägare eller utomstående) och att aktiebolaget vid försäljningstidpunkten saknar fritt eget kapital enligt den då senast fastställda balansräkningen. I så fall innefattar försäljningen en förtäckt värdeöverföring (17 kap. 1 § 4 p. ABL) som svarar mot mellanskillnaden mellan köpeskillingen och marknadsvärdet på maskinen. Denna värdeöverföring är förbjuden enligt täckningsprincipen i 17 kap. 3 § första stycket ABL. Förutsatt att mottagaren X var i ond tro är köpeavtalet i så fall ogiltigt enligt den oskrivna regel som återbäringsansvaret i 17 kap. 6 § ABL bygger på. Om maskinen befinner sig i mottagarens besittning har aktiebolaget rätt att få tillbaka den mot att bolaget betalar tillbaka ett belopp som svarar mot vad mottagaren har erlagt i köpeskillning.³⁵

Låt oss förändra exemplet på ett sådant sätt att parterna (aktiebolaget och mottagaren X) är oeniga om huruvida X är återbäringsansvarig. Anta vidare att köpeavtalet innehåller en skiljeklausul som är utformad på ett sådant sätt att den även omfattar frågor om återbäringsansvar och att aktiebolaget påkallar skiljeförfarande mot X. Är skiljenämnden behörig att pröva frågorna?

Återbäringsansvaret enligt 17 kap. 6 § ABL vilar på en oskriven ogiltighetsregel. Utmärkande för denna är att den förestavas av borgenärsskyddsskäl och följaktligen har ett externt skyddssyfte. Regeln ger i och för sig inte bolagsborgenärer några rättigheter med anledning av att bolaget har företagit förbjudna värdeöverföringar. Enskilda borgenärer kan inte göra gällande återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL eller bristtäckningsansvar enligt 17 kap. 7 § ABL.³⁶ Rättigheterna tillkommer bara bolaget eller, i förekommande fall, dess rättsinnehavare, t.ex. bolagets konkursbo eller någon som genom överlåtelse förvärvat bolagets rätt. Trots detta motiveras ogiltighetsregeln väsentligen av

³³ Se F. Madsen (JT 2021–22) s. 745 ff.

³⁴ Se NJA 2015 s. 359 p. 12 och p. 15 samt prop. 2004/05:85 s. 391 f. och s. 755 f. Annorlunda J. Andersson, Kapitalskyddet i aktiebolag. En kritisk lärobok, 7 uppl. (2020) s. 283. Andersson menar att återbäringskyldigheten enligt 17 kap. 6 § ABL även de lege lata kan tillämpas som en regel om värdeersättningsskyldighet.

³⁵ Det kan även vara så att bolaget bara är skyldig att betala X ett lägre belopp än vad X betalat, t.ex. p.g.a. värdeförsämring.

³⁶ Däremot kan bolagsborgenärer under vissa förutsättningar göra gällande en skadeståndstalan mot bl.a. styrelseledamöter enligt reglerna i 29 kap. ABL för indirekt skada till följd av värdeöverföringar som strider mot borgenärskyddsregler i 17 kap. ABL. Skadan består i så fall av att värdeöverföringarna minskat värdet av deras fordringar mot bolaget.

ändamålet att skydda borgenärernas intresse av att värdeöverföringar inte sker och på så sätt ”hotar” deras fordringar mot bolaget.

Det råder enligt min uppfattning ingen tvekan om att ogiltighetsregeln är efterhandstvingande, åtminstone i fråga om värdeöverföringar som strider mot borgenärsskyddsreglerna i 17 kap. ABL (och alltså inte enbart mot aktieägar-skyddsregeln i 17 kap. 2 § ABL).³⁷ Om köpeavtalet i nämnda exempel är ogiltigt skulle bolaget inte kunna åstadkomma att det blir giltigt genom att godkänna avtalet. Inte heller skulle aktieägarna samfällt kunna åstadkomma detta genom att samtycka till avtalet. Frågan blir då vad detta innebär i fråga om bolagets och mottagarens möjligheter att förlikas. Att ogiltigheten som sådan är fräntagen deras dispositionsrätt innebär inte nödvändigtvis att de också skulle sakna möjligheter att förlikas i fråga om vilka rättsverkningar ogiltigheten ska medföra.

Anta att bolaget och mottagaren kommer överens om att mottagaren får behålla maskinen mot att han eller hon betalar ett tilläggsbelopp som svarar mot mellanskillnaden mellan köpeskillingen och storleken på värdeöverföringen. Skulle ogiltighetsregeln även träffa en sådan förlikning? Så länge en förlikning inte hotar det tredjemansintresse som bär upp den bakomliggande ogiltighetsregeln saknas skäl att betrakta förlikningen som ogiltig. Borgenärsskyddsreglerna i 17 kap. ABL syftar inte till att skydda specifik egendom, utan bara värdet av egendomen.³⁸ Till detta kommer att även förlikningar i fråga om återbäringsansvar kan utgöra förbjudna värdeöverföringar. Så länge förlikningen som sådan inte innefattar en förbjuden värdeöverföring är det svårt att se varför parterna skulle sakna möjligheter att förlikas. I linje med detta framhåller Lindskog också att ”[b]eloppsspärrens tvingande verkningar sträcker sig emellertid inte så långt, att bolaget inte skulle kunna ingå en förnuftig förlikning ...”.³⁹

Rättskällorna innehåller inga uttryckliga uttalanden rörande dessa frågor. Högsta domstolen har däremot berört vissa närliggande frågor. I *Five Seasons* NJA 1993 s. 641 handlade det om ett konkursbo var bundet av en skiljeklausul i ett avtal som konkursgäldenären hade ingått före konkursutbrottet.⁴⁰ Trots skiljeklausulen väckte konkursboet talan vid domstol om återbäringskyldighet enligt nuvarande 17 kap. 6 § ABL. Talan grundade sig på påståendet att konkursgäldenärens avtal innefattade en värdeöverföring som stred mot borgenärsskyddsreglerna. Högsta domstolen kom fram till att konkursboet inte var bundet av skiljeklausulen i fråga om den aktuella tvisten. I domskälen motiverade domstolen detta med att konkursboet är bundet av en skiljeklausul i ett avtal som konkursgäldenären och dennes medkontrahent ingått före konkursen, om tvisten gäller en fråga rörande vilken gäldenären kunnat fritt avtala med giltighet i en senare konkurs (men inte annars). Denna regel bekräftades i *Svenska Kredit*

³⁷ Jfr S. Lindskog (2020) under not 962 och L. Heuman (1999) s. 159.

³⁸ Se t.ex. J. Andersson (2020) s. 281.

³⁹ S. Lindskog (2020) under not 962. Se även densamme, Skiljeklausul i avtal som innebär olovlig kapitalanvändning (JT 1993–94) s. 831 f.

⁴⁰ Fallet har kommenterats av S. Lindskog (JT 1993–94) s. 826 ff.

NJA 2003 s. 3 genom uttalandet att det avgörande för frågan om konkursboets bundenhet är huruvida ett tänkt avtal, varigenom parterna direkt reglerat den fråga som skiljeförfarandet ska avse (dvs. avtalat om utgången), skulle ha varit bindande för övriga konkursborgenärer. Om och endast om så är fallet är skiljeklausulen bindande för konkursboet.

Karl-Erik Danielsson uppfattar det som att domstolen i *Five Seasons* har utgått från att skiljeklausulen var bindande för de *ursprungliga* avtalsparterna även i fråga om återbäringsanspråket.⁴¹ Om, nämligen, domstolen antas *inte* ha utgått från detta så hade det enligt Danielsson inte heller funnits skäl för den att beröra frågan om klausulens giltighet efter universalsuccession. Tanken är av allt att döma att domstolen i så fall skulle ha nöjt sig med att konstatera att skiljeklausulen inte var bindande mellan de ursprungliga avtalsparterna och att den redan av det skälet inte heller kunde vara bindande för konkursboet. I och med att domstolen *inte* motiverade domslutet på detta sätt skulle den alltså ha förbundit sig till ståndpunkten att frågan om återbäringsansvar i och för sig är skiljemässig.

Men domskälen behöver inte uppfattas på detta sätt. Enligt lydelsen omfattade den aktuella skiljeklausulen inte bara tvister rörande återbäringsanspråk, utan även andra frågor. Det innebär att den kan ha omfattat både förlikningsbara och icke förlikningsbara frågor. I den mån den omfattade förlikningsbara frågor skulle den också vara bindande inte bara mellan de ursprungliga parterna utan även för konkursboet.⁴² Av samma skäl går det enligt min uppfattning inte heller att dra några slutsatser av att Högsta domstolen betecknade skiljeklausulen som ”gällande” för bolaget.⁴³ Det är viktigt att hålla isär (a) frågan om ett giltigt skiljeavtal ingåtts, (b) vilka frågor skiljeavtalet omfattar och (c) vilka av dessa frågor som är respektive inte är skiljedomsmässiga. Den som betecknar en skiljeklausul som ”gällande” för ett visst rättssubjekt kanske bara menar att den grundar sig på ett giltigt skiljeavtal och att åtminstone vissa av de frågor som skiljeavtalet omfattar är förlikningsbara.

Utöver detta uttalade Högsta domstolen även att tvister rörande huruvida återbäringskyldighet uppstått på grund av förbjudna värdeöverföringar (olovlig vinstutdelning) systematiskt har nära samband med sakrättsliga konflikter rörande borgenärsskydd och att en förlikning mellan parterna (bolaget och mottagaren) inte blir gällande ”gentemot bolagets borgenärer”.⁴⁴ Eftersom bolagsborgenärer hursomhelst inte har några rättigheter med anledning av regelverket

⁴¹ K. E. Danielsson (2010) s. 76 och s. 83.

⁴² Så även S. Lindskog (JT 1993–94) s. 829 vid not 14.

⁴³ Jfr dock F. Madsen (JT 2021–22) s. 745, Danielsson (2010) s. 83, S. Lindskog (JT 1993–94) s. 830 vid och under not 15 samt densamme (2020) s. 244 vid not 961. Under not 961 uttalar Lindskog dock att det mot bakgrund av *Svenska Kredit* NJA 2003 s. 3 är oklart om Högsta domstolen avsett att ge uttryck för någon uppfattning om konkursgäldenärens bundenhet i det aktuella hänseendet.

⁴⁴ I *Svenska Kredit* NJA 2003 s. 3 omtalas detta synsätt som en etablerad uppfattning.

i (nuvarande) 17 kap. ABL kan en sådan förlikning inte bli gällande mot några borgenärer. I stället måste domstolen mena att den inte blir gällande *mot konkursboet*. Men inte heller av detta följer att domstolen ansett den vara gällande mellan parterna. På sin höjd går det att säga att det faktum att domstolen inte uttalade sig om denna fråga antyder att den inte har velat ta ställning, utan nöjt sig med att avgöra den i målet aktuella frågan.⁴⁵

Enligt min uppfattning ger alltså *Five Seasons* inget stöd för att frågor om återbäringsansvar enligt 17 kap. 6 § ABL skulle vara förlikningsbara. Å andra sidan ger rättsfallet inte heller något stöd för motsatsen. I den mån frågorna är förlikningsbara medför fallet däremot att förlikningen, i händelse av att bolaget därefter försätts i konkurs, likväl inte är bindande för konkursboet. Likheten med återvinningsreglerna i 4 kap. konkurslagen (1987:672) blir då påtaglig. Med detta synsätt skulle konkursboet kunna ”återvinna” den sålunda tidigare bindande förlikningen.

Slutsatsen blir att rättsläget delvis är oklart ifråga om förlikningsbarheten av frågor om ogiltighetens rättsverkningar. Däremot står det enligt min uppfattning klart att frågan huruvida ogiltighet alls föreligger (på den grunden att bolaget har företagit en värdeöverföring som strider mot borgenärsskyddsregler i 17 kap. ABL) faller under en efterhandstvingande regel. För att motivera slutsatsen att den trots detta skulle vara skiljedomsmässig krävs att det går att argumentera antingen för ett processuellt förlikningsbarhetsbegrepp som är vidare än det avtalsrättsliga eller för att det även enligt oskrivna rättsregler skulle finnas icke-förlikningsbara frågor som är skiljedomsmässiga. Om så inte är fallet är frågan inte skiljedomsmässig. Huruvida skiljemän *ändå* skulle kunna pröva den som en så kallad prejudicialfråga inom ramen för ett yrkande om återbäring överlämnar jag till processualister att bedöma.⁴⁶

⁴⁵ Chefsdomaren i USA:s högsta domstol John G. Roberts gjorde sig nyligen som skiljaktig till förespråkare för den judiciella återhållsamhetens lov i följande ordalag: ”If it is not necessary to decide more to dispose of a case, then it is necessary *not* to decide more.” Se *Dobbs v. Jackson Woman’s Health Organization* 597 U.S. (2022) (Roberts, concurring in judgment, s. 2).

⁴⁶ En av parterna offentliggjord skiljedom har prövat frågan. Se: Skiljedom meddelad i Stockholm den 2 oktober 2008 mellan Livförsäkringsaktiebolaget Skandia och Försäkringsaktiebolaget Skandia. Skiljedomen diskuteras av L. Edlund, Några bolagsrättsliga frågor i Skandia-skiljedomen, *Festskrift till Torgny Håstad* (2010) s. 85 ff.