

[UTDRAG UR]

Associationsrättslig och kapitalmarknadsrättslig problemlösning

Elsa Sefastsson och Daniel Stattin

Uppsala 2019

Innehåll

2. Problemlösningsmetod	3
2.1 Inledning	3
2.2 Juridisk problemlösning – en översikt	3
2.2.1 Identifikation	3
2.2.2 Anknytning	5
2.2.3 Subsumtion	6
2.2.4 Argumentation	6
2.3 Ett exempel	11
2.4 Sammanfattning	14

2. Problemlösningsmetod

2.1 Inledning

Alla jurister använder någon form av problemlösningsmetod för att lösa juridiska problem. Metoden kan vara mer eller mindre utvecklad och mer eller mindre medveten, men någon form av metod finns alltid och är alltid nödvändig. Det innebär inte att jurister alltid är skickliga på problemlösning eller ens att använda problemlösningsmetoder. Jurister – särskilt mindre skickliga jurister – brister ofta i metodanvändning.

I detta kapitel kommer vi att presentera ett förslag till problemlösningsmetod som kan användas vid rättslig problemlösning. Vi har utgått ifrån associationsrätt och kapitalmarknadsrätt när problemlösningsmetoden utvecklats och exemplen kommer från dessa rättsområden. Det innebär inte att samma metod inte skulle gå att använda när problem på andra rättsområden skall lösas. Det innebär emellertid inte heller att den metod som vi föreslår är den enda korrekta metoden för problemlösning i associationsrätt och kapitalmarknadsrätt, men det är en metod som för oss framstår som ändamålsenlig. Problemlösningsmetoden är utvecklad för problemlösning *de lege lata*; den är alltså rättsdogmatisk till sin natur.

Vi kommer att börja diskussionen med frågan vad jurister som löser juridiska problem egentligen gör och vad som är viktigt för dem i problemlösningen – den diskussionen leder till att vi identifierar en problemlösningsmetod med fyra steg. Därefter diskuterar vi de fyra stegen i problemlösningsmetoden i tur och ordning. Avslutningsvis applicerar vi metoden på ett exempel. Problemlösningsmetoden kommer att användas i resten av boken, men det är i detta kapitel som metoden förklaras.

2.2 Juridisk problemlösning – en översikt

2.2.1 Identifikation

Varför löser jurister juridiska problem? I de allra flesta fall sker det inom ramen för juristens profession, till exempel som domare i en tvist, som advokat för en klients räkning eller som lagstiftare när ny rätt skall skapas. Problemlösningen kan resultera i svar på frågor som ”blir styrelseledamöterna skadeståndsskyldiga?” eller ”får bolagsstämman fatta beslut om vinstutdelning av 50 miljoner kronor?”,

men den praktiskt verksamma juristen får också ofta frågor av typer ”kan du titta på de här dokumenten och se om det finns något problem?” Problemlösningen börjar alltså med en mer eller mindre väl formulerad fråga.

Om frågan om vinstutdelningen föranleds av att ett aktiebolags verkställande direktör skickar över ett utkast till årsredovisning för aktiebolaget, meddelar att det snart är dags att hålla bolagsstämma och att majoritetsaktieägaren vill att stämman beslutar om utdelning, är det lätt att konstatera vilket problem som skall lösas när verkställande direktören fortsätter med frågan ”får bolagsstämman fatta beslut om vinstutdelning av 50 miljoner kronor?” Det rättsligt relevanta problemet är om pengarna får betalas ut från bolaget. När den relevanta frågan identifierats kan problemlösaren gå vidare och avgöra vilka regler som skall tillämpas och vilket resultat som blir följden av dessa reglers tillämpning.

Om samma verkställande direktör i stället hör av sig med frågan ”kan du titta på de här dokumenten och se om det finns något problem?” efter att aktiebolaget förvärvat ett annat aktiebolag i ett företagsförvärv och det har visat sig att det finns en pärm med avtal och andra handlingar som inte uppmärksammats före förvärvet, är det betydligt svårare att veta vilken eller vilka frågor som är relevanta att lösa. Antag att det förvärvade aktiebolaget tillverkar en populär läskedryck på licens från ett amerikanskt företag och att det någonstans i pärmen finns ett avtal med en så kallad *change of control*-klausul som innebär att licensen förverkas om licenstagaren byter ägare utan att särskilda villkor är uppfyllda. I detta fall ger den ställda frågan inte någon upplysning om vilka frågor som är relevanta, utan den problemlösande juristen måste själv gå igenom materialet för att identifiera den relevanta frågan om *change of control*-klausulen. Fakta i ärendet måste alltså systematiseras och identifieras för att avgöra om det finns något relevant problem.

En ytterligare situation är att fakta i och för sig är kända, men det är oklart om det finns något relevant juridiskt problem som ska lösas. Då blir inte problematiken att identifiera de faktiska förhållanden som kan utgöra ett problem, utan att identifiera det rättsliga problem som kan uppkomma till följd av de faktiska förhållandena. Ett exempel kan vara att en investerare fått kurspåverkande information och sålt aktier, men invänder att det rör sig om aktier som ändå skulle säljas och att den som verkställde försäljningen inte hade fått del av den kurspåverkande informationen när försäljningen verkställdes. I detta fall är det fullt klart vilket faktiskt förhållande, försäljningen, som ger upphov till eventuella rättsliga problem, men inte vilka de rättsliga problemen är och än mindre hur de skall lösas.

De beskrivna problemlösningssituationerna har det gemensamt att de börjar med att det rättsligt relevanta problemet identifieras. Problemidentifikationen är en nödvändig beståndsdel i den juridiska problemlösningen – utan problemidenti-

fikation blir juristens arbete slumpartat. Om problemidentifikationen är dålig tar problemlösningen mer tid, blir dyrare och misslyckas kanske. Det första momentet i vår problemlösningsmetod är således *identifikation*.

2.2.2 Anknytning

När problemet väl är identifierat kommer nästa steg i problemlösningen. I ett av de ovan använda exemplen ställs frågan om 50 miljoner kronor får betalas ut av ett aktiebolag. Det naturliga nästa steget i problemlösningen blir att *anknyta* den frågan till ett rättsområde. Utan anknytning blir återigen problemlösningen slumpartad. Det blir – för att ta ett exempel – inte fruktbart att svara på frågan om de 50 miljoner kronorna får betalas ut genom att hänvisa till skatterättsliga regler om att vinstutdelning beskattas hos mottagaren. Det är i och för sig ett alldeles oantastligt rättsligt uttalande, men det är inte ett relevant svar på frågan. Precis som identifikationsmomentet är anknytningsmomentet därför av avgörande betydelse för problemlösningen.

I det givna exemplet skall utbetalningsfrågan anknytas till aktiebolagsrätten i allmänhet och reglerna och principerna om vinstutdelning i synnerhet. Det säger inte vilken enskild regel som skall tillämpas, utan vilket rättsligt komplex som skall undersökas.

I de flesta fall är det relativt enkelt att anknyta en relevant rättslig fråga till ett rättsligt komplex, men så är inte alltid fallet. I seminarieuppgifterna på grundkursen i associationsrätt i Uppsala användes tidigare ett verkligt problemfall med ett aktieägaravtal. Det rättsförhållande som uppkom mellan parterna i aktieägaravtalet kallades konsortiet. I avtalet stipulerades att vid avtalsbrott skulle konsortiet få förvärva den felande partens aktier. Av avtalet framgick också att det verkligen var konsortiet som var förvärvare, inte dess medlemmar. Fråga uppkom efter att en avtalspart felat om regeln om förvärv verkligen gick att tillämpa eftersom

1. konsortiet var ett aktieägaravtal,
2. ett aktieägaravtal typiskt sett skall klassificeras som enkla bolag,
3. ett enkelt bolag inte har rättskapacitet, och
4. den som inte har rättskapacitet inte kan förvärva någonting.

Om momenten i resonemanget tas bakifrån har först slutsatser dragits om att konsortiet saknar rättskapacitet eftersom det är ett enkelt bolag. Alltså har bolagslagen tillämpats. Således har det rättsliga problemet anknutits till rättsreglerna om enkla bolag. Här finns emellertid ett fel i anknytningen som gör att hela resonemanget blir felaktigt.

I avtalet framgick också att parterna i avtalet kunde lämna avtalsförhållandet och att nya parter kunde inträda, utan att avtalet skrevs om. Avtalet hade alltså en öppen medlemsreglering. Ett bolag är en så kallad sluten association, medan en öppen association är en förening. Rättsförhållandet skulle därför inte anknytas till bolagsrätten, utan till föreningsrätten. Om anknytningen hade gjorts rätt skulle konsortiet i stället ha uppfattats som en rättskapabel så kallad aktieägarförening och då fungerar avtalsbrottsreglerna.¹

2.2.3 Subsumtion

Som redan antytts följs anknytningsmomentet av att relevanta regler eller principer på det aktuella rättsområdet tillämpas på det relevanta problemet. Denna operation brukar kallas *subsumtion*. Juristen subsumerar problemet under en eller flera rättsregler med hjälp av sina kunskaper i rättstillämpning, till exempel genom att avgöra om rekvisiten i en regel är uppfyllda. Subsumtionsmomentet känns nog för de flesta jurister som den mest självklara delen av juridisk problemlösning och är nog det problemlösningssmoment där de flesta jurister har störst förutsättningar att lyckas. Det innebär inte att subsumtionen sker på rätt sätt med automatik – för den som inte är bekant med ett rättsområde är det många gånger lätt att, till exempel, ta miste på innebörden i ett rekvisit eller missa ett prejudicerande avgörande från Högsta domstolen.

2.2.4 Argumentation

När problemet har subsumerats under en rättsregel, rättsprincip eller ett komplex av sådana, vidtar det rättsliga argumentationen. *Argumentation* är det fjärde ledet i den här presenterade problemlösningssmetoden. Argumentationen innehåller typiskt sett analyserande och värderande ställningstaganden. Argumentationen byggs på argument av olika slag. För att argumentationen skall vara framgångsrik behöver den, till att börja med, vara förenlig med det juridiska ämnesområdets diskurs. Med diskurs brukar avses kommunikation av specialiserad kunskap. Den aktiebolagsrättsliga diskursen består alltså av kommunikation av specialiserad aktiebolagsrättslig kunskap. I praktiken kan den aktiebolagsrättsliga diskursen beskrivas som sådana argument vid aktiebolagsrättslig problemlösning som de aktiebolagsrättsliga experterna tycker är rationella och förväntar sig.

Om ett aktiebolagsrättsligt problem skall lösas är det rationellt, diskursförenligt, att hänvisa till aktiebolagsrättsliga ändamål, praxis som utvisar hur aktiebolagsrättsliga regler tolkats, uttalanden i den aktiebolagsrättsliga litteraturen och

¹ Jfr materiellt Stattin, *Aktieägaravtal och aktieägarföreningar* s. 50 ff. i Stattin och Strandberg (red.), *Aktieägaravtal. Ett symposium*, Iustus, 2018, och Nials rättsutlåtande återgivet i NJA 1942 s 627.

rättsekonomiska överväganden. Uppräkningen är inte uttömmande. Det är däremot i de flesta fall inte rationellt att hänvisa till exempelvis skatterättsliga rättsregler eller grundläggande fri- och rättigheter. Argument av den senare typen är inte förenliga med den aktiebolagsrättsliga diskursen.

Diskursen är inte bestämd en gång för alla. Det händer att diskursen förändras, så att nya argumentationslinjer eller argument anses rationella. I de flesta fall tar nog en sådan förändring lång tid. Ibland kan den dock gå fort, som när hållbarhetsargumentation över några år kring 2015 plötsligt blev en etablerad argumentationslinje i aktiebolagsrätten. I sådana fall kan man tala om ett diskursbrott.

Konstaterande att argumentationen bör vara förenlig med diskursen för att vara framgångsrik säger emellertid inte så mycket om vilka konkreta argument som kan användas för att lösa problem. Det är förmodligen omöjligt att göra en uttömmande lista på diskursförenliga argument – inte minst eftersom denna bok täcker in två olika rättsområden, nämligen associationsrätt och kapitalmarknadsrätt. Det är däremot möjligt att skapa en struktur för argument som kan användas i olika situationer för att argumentera för lösningar. En sådan argumentationsstruktur skulle kunna innefatta det följande:

*Ändamålsargument.*² Den aktiebolagsrättsliga argumentationen är i hög grad teleologiskt inriktad. I litteraturen talas om både övergripande och underliggande ändamål med aktiebolagsrätten.³ De övergripande ändamålen kan sammanfattas med att aktiebolagsrätten skall göra det möjligt att organisera större ekonomiska företag som kräver mycket kapital med bibehållen frihet från personligt ansvar så att tillgången på varor och tjänster i samhället ökar och därmed samhällsekonomin främjas. Så som den aktiebolagsrättsliga diskursen förändrats kan det tilläggas att det skall ske på ett socialt godtagbart och hållbart sätt.

Förutom övergripande ändamål finns det vad som kan kallas underliggande ändamål med aktiebolagsrätten. Dessa ändamål är lättare att använda i den praktiska problemlösningen än de övergripande ändamålen, som är abstrakta. De underliggande ändamålen brukar betecknas aktieägarskydd, minoritetsskydd, borgenärsskydd och omsättningsskydd.

Kopplingen mellan övergripande och underliggande ändamål kan beskrivas så att de förra är de ultimativa mål som aktiebolagsrätten skall uppnå och de senare är arbetsverktyg för att lösa enskilda rättsliga tvistefrågor.

² Härom Eklund och Stattin, *Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt*, 2 uppl., Iustus, 2016, avsn. 2.2; Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., Uppsala universitet, 2008, s. 51 ff.; Andersson, *Om vinstutdelning från aktiebolag*, Iustus, 1995, kap. 4.

³ A.st.

I aktiemarknadsrätten tillkommer ytterligare övergripande ändamål som rör investerarskydd och handel med aktier.⁴

Kapitalmarknadsrätten ger inte samma utrymme för ändamålsargumentation som associationsrätten. Det beror på att kapitalmarknadsrätten till stor del har förvaltningsrättslig grund. Den förvaltningsrättsliga grunden innebär att förvaltningsrättsliga principer får betydelse för vad som är relevanta argument.

*Rättskälleargument.*⁵ Argument som utgår från traditionella rättskällor skall användas vid associations- och kapitalmarknadsrättslig problemlösning. Det inkluderar rättskällor som typiskt sett används inom ramen för en rättsdogmatisk metod, det vill säga lag, förarbeten, praxis och litteratur. I aktiebolagsrätten gäller av tradition att förarbetena till 1944 års aktiebolag, särskilt SOU 1941:9, tillmäts stor betydelse eftersom de anses vara grundläggande för den aktiebolagsrätt som utvecklats i Sverige därefter. I kapitalmarknadsrätten möter rättstillämparen ett problem med de moderna förarbetena som bygger på EU-rättsakter, nämligen att EU-rättsakterna ofta är av relativt låg kvalitet, vilket gör dem svårtillämpade och ibland svårförståeliga.

I associationsrätten, men inte i lika hög utsträckning i kapitalmarknadsrätten, finns det utöver detta ofta skäl att också undersöka olika självregleringsinstrument, till exempel svensk kod för bolagsstyrning ("koden") beträffande aktiebolags organisationsfrågor, regelverken för emittenter ("regelverket") på de olika reglerade marknaderna och MTF-plattformarna beträffande till exempel informationsfrågor och samma handelsplattformars regler om offentliga uppköpserbjudanden ("takeover-regler"). Det finns ytterligare självregleringsinstrument utöver de som räknats upp om kan bidra med lösningar på rättsliga problem. När självreglering skall tillämpas uppkommer frågan vilket värde den skall tillmätas i en rättsskälhierarki. Högsta domstolen har i NJA 1985 s. 343 klargjort att självregleringsinstrument skall tolkas objektivt, ungefär på samma sätt som lagtext.

I associationsrätten finns det utöver de traditionella rättskällorna dessutom anledning att ta ställning till individuella rättskällor som gäller för den enskilda associationen. Den viktigaste individuella rättskällan är associationsavtalet (bolagsavtal, bolagsordning eller stadgar). Utöver associationsavtalet kan det finnas interna instruktioner till exempel anvisningar beslutade av stämma eller styrelse.

Såväl associationsrätten som kapitalmarknadsrätten är utpräglad internationella ämnen. Det beror dels på påverkan på svensk rätt från utländsk rätt, dels på implementering av EU-rättsakter. Därför kan även *komparativa* och *unionsrättsliga*

⁴ Eklund och Stattin, *Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt*, 2 uppl., Iustus, 2016, delavsn. 2.2.5.

⁵ Uppräkningen skall inte uppfattas som att rättskällehierarkin är avgränsad till sådana argument som anges här – tvärtom torde den vara "öppen" såtillvida att också ändamålsargument, komparativa argument, europeiska argument m.m. kan tillmätas betydelse.

argument få stor betydelse vid problemlösningen. Ett exempel på detta är tolkningen av reglerna om befogenhetsöverskridande i 8 kap. 42 § 2 st. ABL. Eftersom 2 st. är en implementering av EU:s första bolagsrättsliga direktiv skall regeln tolkas unionsrättsligt fördragskonformt. Unionsrätten hänvisar i sin tur till bland annat tysk rätt, så det blir dessutom intressant att undersöka vilka motsvarande regler som finns i tysk rätt och hur de har tillämpats.⁶

Till sin funktion relativt näraliggande komparativa och unionsrättsliga argument är vad som skulle kunna kallas *historiserande argument*. I första hand tänker vi då snarare på lagstiftningshistoria (reglernas utveckling), än rättshistoria (rättsförhållanden i äldre tid). Ett exempel kan vara hänsyn till ”bolagets intresse” som grund för att vägra följsamhet mot anvisningar enligt 8 kap. 41 § 2 st. ABL. Av förarbetena framkommer att lokutionen ”bolagets intresse” utmönstrades ur lagstiftningen i ett nordiskt lagstiftningssamarbete, men att föredragande statsråd tyckte att regeln ändå skulle gälla med hänvisning till allmänna principer och generalklausulerna. I litteraturen har det tagits till intäkt för att lagtexten bör läsas så att ”bolagets intresse” fortfarande anses följa av regeln.⁷

Ekonomiska argument kan få betydelse. I första hand tänker man då på rättsekonomiska argument, men ekonomiska argument kan också komma från andra argumentationskällor. Rättsekonomi brukar beskrivas som en ekonomisk analys av rättsregler. Huvudtyperna av rättsekonomi kan betecknas klassisk rättsekonomi och behavioristisk rättsekonomi. De skiljer sig åt genom vilken vikt de lägger vid aktörers rationalitet. Ett annat ekonomiskt angreppssätt är *law and finance* (som saknar svensk beteckning) och som kan beskrivas som en jurimetrisk analys av ekonomiska effekter av olika regelsystem, till exempel verkan av minoritetskyddsregler i olika nationella rättssystem. Rättsekonomi och *law and finance* har det gemensamt att de bygger på neoklassiska ekonomiska teorier.

Ekonomisk argumentation är i de flesta fall svår att tillämpa vid rättslig problemlösning. Det grundläggande skälet till svårigheten är att ekonomi är en strukturell vetenskap, precis som till exempel sociologi eller genusvetenskap, medan juridiken är kasuistisk. Med ekonomiska argument kan man därför förklara effekter av regler, till exempel om de är effektiva i ett eller annat avseende eller vilken effekt de bör få på marknadsaktörernas beteende. De lämpar sig emellertid sällan för enskild problemlösning, i synnerhet inte på ett relativt detaljreglerat rättsområde såsom aktiebolagsrätten eller kapitalmarknadsrätten. Ekonomisk teori eller andra strukturella teorier kan därför vara kraftfulla hjälpmedel för att utvärdera rätten eller föreslå rättspolitiska lösningar, men fungerar sällan som bra argument för lösning av enskilda rättsliga problem.

⁶ Stattin, *Om bolagsföreträdares befogenhetsöverskridande*, Uppsala universitet, 2007, s. 52 ff.

⁷ Stattin, *Företagsstyrning*, 2 uppl., Uppsala universitet, 2008, s. 212 ff.

Ibland ser man att domstolarna åberopat argument som synes vara ekonomiska. I NJA 1997 s. 418 anför Högsta domstolen till exempel att "[h]änsynen till säkerheten i omsättningen och det praktiska ekonomiska livet får därför sätta gränser för hur långt analogierna skall drivas."⁸ Detta – och liknande uttalanden – bör emellertid i de flesta fall inte uppfattas som formella ekonomiska argument, utan är nog snarare ett utslag av vad domstolarna uppfattar som sunt ekonomiskt förnuft. I situationer när de juridiska argumenten väger mellan olika lösningar kan det finnas ett visst utrymme att föra ekonomiska resonemang. Då är det sannolikt bättre om argumenten kan baseras på ekonomiska teorier, istället för bara vad som uppfattas som sunt förnuft.

På likartat sätt som med ekonomiska argument förhåller det sig med *sociala* argument och *hållbarhetsargument*. Sådana argument kan knappast få en självständig betydelse för tolkningen av olika rättsregler, men kan svara på hur bolagsledningen bör agera om det finns utrymme för olika handlingsalternativ. Däremot kan sociala argument och hållbarhetsargument ha ett högt "övertygandevärde" när det gäller om lagstiftningen är lämpligt utformad och om den bör förändras.

Det är viktigt att argumentationen är tillräckligt utförlig, så att resonemangen går att följa steg för steg, och klart motiverar den eller de ställningstaganden som görs. Ett vanligt fel både vid tentamensskrivande och i den praktiska juridiken är att tillämparen bara presenterar innehållet i en rättsregel och sedan slår fast att ett visst resultat följer av regeln, utan att presentera argumenten varför regeln faktiskt är tillämplig. Det skulle kunna se ut så följer:

"Enligt 17 kap. 3 § ABL får inte en värdeöverföring som inkräktar på likviditet, konsolidering eller ställning i övrigt ske. Alltså är den här aktuella värdeöverföringen olovlig."

Bristen i denna argumentation är att ett mellanliggande argumenterande steg saknas. Efter redogörelsen för innehållet i 17 kap. 3 § ABL borde tillämparen ha förklarat hur något av rekvisiten likviditet, konsolidering eller ställning i övrigt påverkar det aktuella aktiebolagets ekonomiska ställning om värdeöverföringen genomförs. Resultatet av denna argumentation kan i sin tur leda till slutsatsen att värdeöverföringen är olovlig. Om inte argumenten redovisas tydligt blir det omöjligt att se hur resultatet har uppnåtts, det vill säga om det är resultatet av en övervägd tillämpning av rättskällor i den aktuella situationen eller om det är resultatet av en gissning.

⁸ NJA 1997 s. 418 på s. 448.

2.3 Ett exempel

Innan vi fortsätter med att diskutera konkreta problemlösningsfrågor kan det vara fruktbart med ett kortfattat exempel som visar hur den problemlösningssmetod som vi använder i det följande kan tillämpas. Exemplet utgår från en lätt förändrad case-redovisningsuppgift på terminskurs 5 och har följande innehåll:

”Finanschefen har fått i uppdrag av huvudkontoret att fundera över vad som skulle hända om något av koncernbolagen skulle få ekonomiska problem. I samband med detta börjar hon också mer specifikt fundera över moderbolagets och styrelseledamöternas ansvar för verksamheten – hon vänder sig till er för att få en redogörelse för vilka åtgärder som i olika situationer kan vidtas för att se till att ansvar inte uppkommer för styrelserna och verkställande direktörerna i koncernen.”

Den första frågan är vilka problem som kan *identifieras* i den korta frågeställningen. Det framgår att finanschefen funderar över vilket ansvar som kan uppkomma om något bolag får ekonomiska problem. Redan här har vi identifierat en fråga som kan bli föremål för rättslig problemlösning. Frågan om ansvar för moderbolag och styrelseledamöter lämpar sig för juridisk problemlösning, men man kan kritiskt fråga om inte det problem som vi identifierar också borde innefatta verkställande direktörs ansvar. Vi har då gjort något som praktiskt verksamma jurister ofta gör, nämligen formulerat om den fråga som en icke-jurist ställer sig så att den skall bli mer rationell i en juridisk kontext.

Man skulle kunna tänka sig att frågan om ett eller flera bolag går dåligt (så att ansvar kan utlösas) är en i hög grad relevant fråga. Så må det vara, men den frågan låter sig inte lösas med enbart juridiska metoder. Många gånger kan nog en praktiskt verksam jurist svara på frågan om ett bolag går dåligt utifrån till exempel årsredovisning och andra redovisningshandlingar, men frågeställningen är inte i första hand juridisk utan företagsekonomisk. Med detta konstaterande gör vi alltså en avgränsning av frågor som inte kan lösas juridiskt, utan måste få ett annat, företagsekonomiskt, svar. Däremot skulle frågan om rekvisiten för kontrollbalansräkning enligt 25 kap. ABL är uppfyllda naturligtvis vara en juridisk, och inte företagsekonomisk, fråga.

Vi har nu identifierat det uppenbara problemet i den aktuella situationen och avgränsat bort någon fråga som inte kan besvaras med en juridisk problemlösningssmetod. Ett fel som kan förekomma vid problemlösningen är att inte vara tillräckligt observant på att flera tänkbara problem kan behöva lösas. För den

praktiskt verksamma juristen som skall redovisa svaren på de frågor som finanschefen ställt räcker det inte med att identifiera ansvarsriskerna. Till detta bör också någon form av resonemang om vilka åtgärder som kan vidtas för att hantera eller eliminera riskerna föras. Således är det i den beskrivna situationen två typer av juridiska problem som kan identifieras, nämligen

1. ansvarsriskerna för moderbolag och bolagsledningar och
2. hur dessa risker skall hanteras.

Nästa steg i problemlösningen är att *anknyta* de identifierade problemen till rättsliga regel- och principkomplex. Anknytningen är inte särskilt svår i detta fall – redan från början framgår det som att de identifierade problemen rör aktiebolag och bolagsledningar och närmare bestämt deras ansvar. Problemen är alltså som utgångspunkt aktiebolagsrättsliga i allmänhet och rör aktiebolagsrättens ansvarsregler i synnerhet. Hade ett eller flera av koncernbolagen gått i, eller närmat sig, konkurs hade förmodligen olika konkursrättsliga regler aktualiserats. Då hade anknytningen blivit mer komplex och pekat på två parallella regelsystem som kanske borde tillämpas. I sådana fall kan så kallade normkonflikter uppkomma, som måste lösas med olika rättsligt relevanta argument.

Det andra problemet som identifierats härövan är något mer komplext. Precis som det första problemet bottnar det i de aktiebolagsrättsliga ansvarsreglerna, men frågan om riskminimering kan innefatta också till exempel försäkringsrättsliga överväganden kring styrelseförsäkringar eller överväganden i gränslandet mellan aktiebolagsrätt och regler om ställande av garantier som vid kapitaltäckningsgarantier och *indemnities*.

Vi har i och med den förda diskussionen identifierat de rättsområden som är aktuella att tillämpa, det vill säga

1. aktiebolagsrätt, närmare bestämt de aktiebolagsrättsliga ansvarsreglerna och
2. aktiebolagsrättsliga, avtalsrättsliga, försäkringsrättsliga och garantirättsliga regler och principer.

Nästa steg är *subsumtion* under relevanta rättsregler och rättsprinciper. Vid praktisk problemlösning kanske det inte alltid framstår som nödvändigt att skilja på anknytning och subsumtion, men i tydlighetenens intresse har vi ändå valt att göra det här. Ansvarsreglerna för bolagsledningen återfinns i 29 kap. 1 § ABL, så dessa regler blir aktuella att tillämpa. Likaså kan reglerna om personligt ansvar i 25 kap. ABL bli aktuella. För moderbolaget och dess bolagsledning kan ansvar komma att

aktualiseras enligt principerna om *shadow director*-ansvar som utvecklats i litteraturen mot huvudsaklig bakgrund av Högsta domstolens resonemang i NJA 1997 s. 418. Av mer perifert intresse kanske ansvarsgenombrottsdoktrinen kan vara, men så länge verksamheten i koncernbolagen sköts åtminstone i stora drag så som lagstiftaren tänkt sig bör den risken inte vara överhängande.

Subsumtionen är mer komplicerad i punkt 2, eftersom den beror på vilken eller vilka lösningar för att begränsa ansvaret som väljs. En aktiebolagsrättslig lösning skulle kunna vara att förstärka det egna kapitalet, till exempel genom en emission eller genom att låta överskottsmedel vara kvar i respektive aktiebolag. I så fall blir reglerna om emissioner i 13 kap. ABL respektive reglerna i 18 kap. 11 § ABL om ”utsvältning” om det skulle finnas en aktieägarminoritet i något av koncernbolagen aktuella. På motsvarande sätt skulle en styrelseförsäkring styras av försäkringsavtalets villkor och de rättsprinciper som utvecklats om styrelse- och VD-försäkringar. En *indemnity* eller kapitaltäckningsgaranti skulle omfattas av garantirättsliga regler men främst av det rättsliga dokument genom vilket de ställs ut, någon form av garantiåtagande, men också av reglerna i 17 kap. ABL beträffande möjligheten till uppsägning.

Gränsen mellan subsumtion och *argumentation* är inte självklar. Redan vid subsumtionen är det nödvändigt att ta ställning till exempelvis rekvisiten i en rättsregel, det vill säga argumentera kring deras innebörd om inte rättskällorna lämnar besked om innebörden. Argumentationen enligt vårt metodförslag kan emellertid vara vidare än så och faller då inte in under subsumtionsmomentet. Sådan vidare argumentation kan, för att nämna två exempel, bestå av argument för eller mot att fakta som behövs för tillämpningen av en rättsregel är uppfyllda eller att ett analogi- eller reduktionsslut bör göras av något skäl. I praktiken är det inte så viktigt att hålla isär den snävare argumentationen under subsumtionsmomentet från den vidare under argumentationsmomentet, men det kan av pedagogiska skäl vara lämpligt att hålla isär de olika argumentationstyperna.

Argumentationen kan omfatta lite olika saker beroende på det rättsliga problemet. I det här diskuterade exemplet kan argumentationen delas upp i tre steg, nämligen argumentation för och emot olika lösningar, argumentation avseende val av lösning och argumentation som innebär att den valda lösningen utvecklas.

2.4 Sammanfattning

I detta kapitel har vi försökt presentera en problemlösningsmetod. Huvudpoängen med framställningen är att förklara varför jurister behöver en problemlösningsmetod och lämna ett förslag på en sådan metod som kan användas för att åstadkomma rationella och övertygande lösningar på juridiska problem. Metoden har fyra steg:

1. Identifikation
 - a. Identifikationsmomentet innebär att det eller de problem som skall lösas identifieras och preciseras till juridiskt lösbart problem.
 - b. Det kan finnas flera problem. En viktig fråga är om alla relevanta problem identifierats.
 - c. Problemidentifikationen syftar också till att avgränsa bort problem som inte är juridiska eller som inte är intressanta att lösa, det vill säga villospår vid sidan av det en klient (eller en rättande lärare) vill veta.
2. Anknytning. Till vilket eller vilka rättsområden skall problemet anknytas?
3. Subsumtion.
 - a. Finns det regler i till exempel lagtext, självregleringsinstrument eller avtal som träffar det aktuella problemet? Finns det praxis? Finns någon allmän rättsprincip som kan bli tillämplig?
 - b. Om det finns flera parallella regler – var hör i så fall problemet?
 - c. Finns det skäl att göra analogi- eller reduktionsslut eller tillämpa en regel extensivt?
4. Argumentation. Med vilka argument nås en övertygande lösning? Ger till exempel de följande argumenttyperna ett tillfredsställande resultat:
 - a. Ändamålsargument.
 - b. Rättskälleargument.
 - c. Komparativa argument.
 - d. Unionsrättsliga argument.
 - e. Ekonomiska argument.
 - f. Sociala argument.
 - g. Hållbarhetsargument.